

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

SUBSIDIARIEDADE E PARCERIA: O TERCEIRO SETOR (AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL)

Luciana de Medeiros Fernandes

Mestre e Doutoranda em Direito Público pela UFPE

Professora Universitária

“Um povo no qual não há nenhum hábito de ação espontânea em prol do interesse coletivo – que costuma esperar que o governo o comande e o empurre em todos os assuntos que envolvem o interesse coletivo – um povo que espera que o governo faça por ele tudo, afora aquilo que é questão de simples hábito e rotina, tal povo só consegue desenvolver metade das suas faculdades; a educação desse povo é falha em um dos seus elementos mais importantes.”

(STUART MILL, John. Princípios de Economia Política com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social. Trad. Baraúna, João. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, vol. II, p. 520)

Sumário: *Introdução: As razões para a reforma do Estado administrante e os novos princípios de regência da Administração Pública 1. A tese da coordenação: subsidiariedade e parceria. O Terceiro Setor. 2. Antecedentes. 2.1. Um pouco de Direito Comparado: o concerto social nos Estados Unidos. 2.2. No Brasil: as entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos e os serviços sociais autônomos. 3. As organizações sociais (Lei nº 9.637, de 15.05.1998). 3.1. Conceito, natureza jurídica e características. 3.2. Processos de qualificação e desqualificação. 3.3. Estruturação e atuação. 3.4. O contrato de gestão e as incumbências do Estado. 3.5. Formas de controle. 4. As organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790, de 23.03.1999). 4.1. Definição. 4.2. Procedimentos. 4.3. O termo de parceria. Conclusão: Uma síntese dos pontos críticos. Bibliografia.*

**INTRODUÇÃO: AS RAZÕES PARA A REFORMA DO ESTADO ADMINISTRANTE E OS
NOVOS PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Analisar o tema reforma do Estado passa necessariamente pela compreensão dos modelos de organização política moderna que se buscou alterar, ou, dito de outro modo, pela perscrutação da evolução – expressão esta empregada sem qualquer carga valorativa, mas apenas designando, neutralmente, o processo de transformação – das formas e das medidas de atuação do Estado. Essa verificação se impõe com vistas à percepção da transmutação estatal em todos os seus meandros, com a identificação das suas causas, das deficiências que se preteceu corrigir, dos mecanismos que se procurou implementar, do perfil de administração almejado, das conseqüências derivadas das alterações, das falhas e distorções renitentes, das perspectivas de melhoramento. Nesse sentido, convém observar que o Estado que, hodiernamente, se engendra – denominado de Estado Subsidiário – é associado, no enredo do Estado mínimo, à rejeição do modelo do *Welfare State*, do Estado providência-interventor, que, por sua vez, foi gestado para fazer frente à insuficiência do Estado liberal, sendo este, no encadeamento para o passado, concebido em oposição ao regime absolutista.

O liberalismo remonta ao século XVII. Constituiu-se na base ideológica das sublevações contra o absolutismo e o mercantilismo na Europa, manifestando-se como liberalismo político e como liberalismo econômico. “Fala-se numa era liberal, não apenas porque nesse período toma-se consciência da liberdade como valor supremo da vida individual e social, mas também porque a liberdade é categoria geradora que explica todo um conjunto de comportamentos políticos e sociais intimamente relacionados entre si”¹.

No contexto econômico, preconizava-se a livre iniciativa e a livre concorrência, de modo que ao Estado era vedado interferir na economia, exceto para proteger e estimular esse sistema de liberdades. Tratava-se unicamente do Estado guardião do *laissez faire, laissez passer*. Ao indivíduo se conferia a possibilidade de agir e decidir, na medida em que a ele se reconhecia a capacidade de alcançar, por si mesmo ou em associação com outros homens – associacionismo – a satisfação de suas necessidades, o progresso econômico e social. Adam

¹ MATTEUCCI, Nicola. “Liberalismo”. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. Varriale, Carmen et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 690 (vol. II).

SMITH, um dos maiores teóricos do liberalismo econômico, asseverava que “o soberano fica totalmente desonerado de um dever que, se ele tentar cumprir, sempre o deverá expor a inúmeras decepções e para essa obrigação não haveria jamais sabedoria ou conhecimento humano que bastassem: a obrigação de superintender a atividade das pessoas particulares e de orientá-las para as ocupações mais condizentes com o interesse da sociedade”. E ainda: “Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres por certo de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade”².

Na esfera política, o liberalismo manifestou-se como garantia dos valores liberdade e propriedade, através da restrição aos poderes do Estado, com a consolidação da democracia representativa e da separação de poderes (LOCKE³ e MONTESQUIEU⁴). O liberalismo, como reação ao Estado absolutista, fundava-se na liberdade de discussão e exercitação pelos indivíduos e pela comunidade das diretrizes orientadoras do destino da vida social, política e econômica (autogoverno da sociedade civil), bem como na edificação de um conjunto de instrumentos que permitissem controlar as instâncias governamentais,

² SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Trad. Baraúna, Luiz João. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, pp. 169/170 (vol. II).

³ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Fischer, Julio. São Paulo: Martins Fontes, 1998. “Tanto o poder absoluto e arbitrário como o governo sem leis e estabelecidas e fixas não podem ser compatíveis com os fins da sociedade e do governo” (p. 508). “... a sociedade política conserva perpetuamente um poder supremo de salvar-se das tentativas e propósitos de qualquer pessoa, mesmo de seus próprios legisladores, sempre que estes sejam tolos e perversos o bastante para conceber e levar a cabo planos contrários às liberdades e propriedades de seus súditos” (pp. 518/519).

⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Murachco, Cristina. São Paulo: Martins Fontes, 1996. “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite” (pp. 166/167).

seja através da edição de uma Constituição, produzida por instituições representativas, seja pelo delineamento limitador das áreas destinadas à atuação estatal.

O Estado liberal, assim, caracterizava-se pelo não intervencionismo. “O Estado que governa melhor é aquele que governa menos”⁵. Poder-se-ia afirmar consistir ele numa instância secundária de atuação, destinada unicamente a garantir o exercício das capacidades individuais de ação e direção, dos direitos individuais, civis e políticos, encontrando-se, destarte, o Estado liberal, sob controle por parte dos indivíduos. Deveria assumir uma postura não interferente, na medida em que o progresso social e econômico seria imanente à efetivação da liberdade dos sujeitos sociais.

O liberalismo, calcado na pregação radical do individualismo e da livre competição, contudo, cooperou grandemente para o estabelecimento de uma desigualdade profunda entre os atores sociais. Realmente, não se pode olvidar a monopolização de setores da economia, com a falência da idéia do automático equilíbrio que se estabeleceria entre os agentes econômicos (racionalidade espontânea), bem como não se pode desconsiderar o depauperamento crescente da classe trabalhadora, abandonada à regulação fixada unilateralmente pelos detentores dos meios de produção, sem a participação do Estado, fazendo com que à liberdade consagrada pelo Estado liberal fosse conferida feição meramente formal. Acresçam-se, a tal contextura, as várias crises que se verificaram nos sistemas capitalistas de cunho liberal. A quebra da Bolsa de Nova Iorque, as recessões pós-guerra, a grande instabilidade desse momento histórico, contribuíram para a invocação da figura do Estado agente, com o questionamento dos bases sobre as quais se sustentava o modelo liberal. Nicola MATTEUCCI afirma que “o Liberalismo lutara fundamentalmente pelas liberdades *de* (isto é, de religião, de palavra, de imprensa, de reunião, de associação, de participação no poder político, de iniciativa econômica para o indivíduo), e conseqüentemente reivindicara a não interferência por parte do Estado e a garantia para estes direitos individuais, civis e políticos. O enfoque atual é orientado para as liberdades *do* ou *da* (isto é, da necessidade, do medo, da ignorância) e para atingir essas finalidades implícitas na lógica universalista do Liberalismo renunciou-se ao dogma da não-intervenção do Estado na vida econômica e social”⁶. Por conseguinte,

⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Org. por Bovero, Michelangelo. Trad. Por Versiani, Daniela Beccaccia. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.226.

⁶ MATTEUCCI, Nicola. “Liberalismo”. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. Varriale, Carmen et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, pp. 702/703 (vol. II).

foi concebido o Estado social, também designado de Estado de Bem-Estar e de Estado Providência.

O Estado social identificou-se pelo fato de que o Estado passou a dirigir inúmeros setores da economia, com vistas a garantir seu equilíbrio e mesmo a sua manutenção. A intervenção estatal multiplicou-se para consubstanciar-se em interferência participativa, diretiva e indutiva⁷. Demais disso, centrou-se na Política de Bem-Estar Social, iniciada em 1880, na Alemanha, por meio da qual o Estado objetivava atenuar as desigualdades sociais produzidas pelo liberalismo, através da determinação da instrução obrigatória, no campo educacional, bem como da assunção pelo Estado da previdência social, no âmbito da seguridade, ao lado da progressiva tributação, na seara das finanças públicas, além da definição de outras medidas de amparo aos desvalidos. “A preocupação maior deslocou-se da liberdade para a igualdade”⁸. De outro lado, o Estado agente-interventor também se mostrou necessário em face do surgimento de vários organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional, e da assinatura de acordos internacionais, a exemplo do GATT – atual Organização Mundial do Comércio –, que, por suas conseqüências, imporiam reflexos na seara interna dos Estados, exigindo destes maior poder de comando das relações econômicas.

Desse panorama – de reconhecimento da necessidade do Estado assistencial, associado à proteção do bem comum – emergiu um Estado intumescido, cujas funções foram enormemente ampliadas. Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, várias foram as atitudes adotadas pelo Estado: “a. algumas atribuições foram assumidas pelo Estado como serviços públicos, entrando na categoria de serviços públicos comerciais, industriais e sociais; para desempenhar esses serviços, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações; b. outras atividades, também de natureza econômica, o Estado deixou

⁷ V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4a ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 122.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20. Interessantes, quanto à essa questão da relação entre liberdade e igualdade, são as discrepâncias entre as doutrinas de Benjamin CONSTANT (“o liberalismo contra a democracia”) e Alexis de TOCQUEVILLE (“a democracia liberal”), o primeiro apregoando o triunfo da individualidade sobre a autoridade estatal e sobre as massas, e o segundo vendo no associacionismo uma forma de garantir o desenvolvimento da igualdade combinada com a liberdade. Especificamente, v. CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier & PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *Histórias das Idéias Políticas*. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Jorge Zaher Editor, 2000, pp. 105/114. A referência ora feita tem relevância, porquanto será posteriormente retomada, quando forem enfocadas as idéias de colaboração e parceria.

na iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas sob controle acionário do Estado; c. finalmente, outras atividades, o Estado nem definiu como serviço público nem passou a exercer a título de intervenção no domínio econômico; ele as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las por considerá-las de interesse para a coletividade. Desenvolve-se, então, o fomento como uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por diferentes meios, como os honoríficos (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os jurídicos (outorga de privilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm) e os econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc.)⁹. A mencionada autora realça, ainda, o processo de alargamento do poder de polícia estatal.

A dilatação sofrida pelo Estado é apontada como causa das trincas vislumbradas na sua estrutura, principalmente no respeitante às suas pretendidas eficiência e economicidade. Também é indicada como motivo para uma crise de legitimidade correspondente à crescente atuação normativa do Poder Executivo, em detrimento das funções típicas do Poder Legislativo. Afirma-se que tantas foram as responsabilidades assumidas pelo Estado, muitas das quais sequer abrangidas pelo conceito de interesse público, que o ente estatal não conseguiu desempenhar todas elas a contento, mostrando-se como aparelho excessivamente burocrático (procedimentos complexos e demorados), dispendioso (insuficiência dos recursos destinados às atividades estatais), ineficiente (improficiência quantitativa e qualitativa) e restritivo (exautoração da capacidade contributiva de outros agentes sociais). A grandiosidade do Estado agigantou o déficit público, a distinção entre Estado e sociedade civil foi se desvanecendo, a amplitude do Estado gerou apatia política nos cidadãos, que, de participantes (sujeitos ativos), passaram a pedintes do que a máquina estatal lhes poderia oferecer (paternalismo), o volume dos gastos públicos deu ensanchas à licenciosidade com o dinheiro público. O Poder Executivo túrgido, com ramificações em todos os setores da vida social e econômica, com poder de regulamentação expandido, fez, ademais, desacreditar os princípios da legalidade e da separação de poderes.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 21/22.

Foi em oposição ao Estado de Bem-Estar, em situação falimentar, que se projetou, o Estado neoliberal ou também denominado Estado Mínimo¹⁰, unicamente responsável pela estabilidade da moeda. Segundo o Consenso de Washington, ao (Neo)Estado caberia proceder às seguintes reformas: “1) disciplina fiscal para eliminação do déficit público; 2) mudança das prioridades em relação às despesas públicas, com a superação dos subsídios; 3) reforma tributária, mediante a universalização dos contribuintes e o aumento dos impostos; 4) adoção de taxas de juros positivas; 5) determinação da taxa de câmbio pelo mercado; 6) liberalização do comércio exterior; 7) extinção de restrições para os investimentos diretos; 8) privatização das empresas públicas; 9) desregulação das atividades produtivas; e 10) ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito à propriedade”¹¹. Postulou-se, assim, a retomada das políticas de não intervenção, a redução do tamanho do Estado, com a limitação de sua interferência no campo econômico, que não lhe seria próprio, com a privatização dos setores não relacionados à atividade tipicamente estatal, bem como com a redefinição do seu papel, promovendo-se a passagem do Estado provedor, tido por lasso, ao Estado austero, com funções resumidas ao aconselhamento e à orientação. Pode-se afirmar que o neoliberalismo manifestou-se como liberalismo recrudescido.

O enxugamento da máquina estatal, contudo, passou a conviver, algum tempo depois, com políticas de incremento da participação popular nas decisões e no controle do Estado. Cuida-se do decaimento da separação rígida entre o público e o privado, com a conseqüente aproximação entre Estado e sociedade civil, não mais concebidos como reciprocamente excludentes, mas como compartes, com a substituição das relações de comando pelo relacionamento dialogado e complementar. Desenha-se, hodiernamente, no embate entre intervencionismo e minimalismo estatal, o Estado subsidiário. Nicola MATTEUCCI resume:

O Liberalismo, fiel à sua vocação antiutilitarista, segundo a qual não se deve destruir o espírito livre do homem para alimentar o corpo,

¹⁰ Reputado, por alguns doutrinadores, como “o mais extenso que se pode justificar”, diante mesmo da diversidade (de interesses, objetivos, formas de vida) inerente às pessoas e às comunidades que elas formam. Segundo, NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. Trad. Jungmann, Ruy. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 170.

¹¹ FARIA, José Eduardo. “Democracia e Governabilidade: Os Direitos do Homem à Luz da Globalização Econômica”. In FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Globalização Econômica. Implicações e Perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

fiel à sua velha aversão aristocrática por tudo o que vem do alto, pode optar pela sociedade civil, de modo que a resposta aos problemas da justiça e da segurança social seja dada ao nível da sociedade civil e não ao nível institucional-estatal, mediante subsistemas autônomos do sistema político, mediante iniciativas independentes e convergentes, realizadas por forças sociais espontâneas, e não mediante ações burocráticas-administrativas. Em outras palavras, os problemas históricos, que atualmente está agitando o pensamento liberal – de direito e de esquerda –, é uma nova descoberta e uma adaptação a novos contextos da função anteriormente desenvolvida pelas autonomias locais contra o Estado burocrático-centralizador; é a afirmação sempre renovada da primazia da sociedade civil, buscando formas novas para que esta primazia possa se exprimir, deixando com o Estado apenas a tarefa de garantir para todos a lei comum, bem como a função de órgão equilibrador e incentivador de iniciativas autônomas da sociedade civil. A única alternativa desta volta à sociedade civil e ao mercado é o NEOCORATIVISMO ou Estado de corporações, que se baseia nas organizações dos grandes interesses privados e na sua colaboração, a nível político, nas decisões estatais. Desse modo, tais organizações se incorporam ao Estado¹².

Diante desse quadro, ao Estado administrante se atribui novo perfil. No Brasil, esse novo viés é representado pelas reformas administrativas iniciadas, fundamentalmente, em 1995 e que tiveram o seu ápice com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998. Pretende-se, hoje, uma Administração Pública centrada nos seguintes preceitos: imparcialidade e moralização; transparência e publicidade; eficiência (produção, qualidade, maximização da satisfação e desburocratização); consensualidade (estímulo ao debate, à negociação entre a Administração, os administrados, os particulares e os prestadores de serviços públicos); flexibilidade (decorrente do consenso, impondo o equilíbrio dos acordos firmados entre o Estado e os demais atores sociais); discricionariedade (para tornar possível o exercício da flexibilização, na averiguação da conveniência ou oportunidade de uma mais intensa descentralização ou da adoção de certas políticas públicas); democratização (participação direta de todos na Administra-

¹² MATTEUCCI, Nicola. "Liberalismo". In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. Varriale, Carmen et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, pp. 704/705 (vol. II).

ção Pública e na proteção da coisa pública); redutibilidade, privatização, desestatização e desmonopolização (diminuição do tamanho e do plano de interferência estatal, com a sua saída da seara econômica, mas tendo por contrapartida a priorização de suas funções ordenadoras); economicidade; descentralização dos serviços públicos (concepção do público não-estatal); colaboração e coordenação entre os setores público e privado, entre Estado, indivíduo e sociedade; realce na atividade administrativa de fomento (estímulo à iniciativa privada, quando esta se propõe a prestar serviços públicos). O Estado concentrado e onipresente é substituído pelo Estado pluriclasse, fundado, substancialmente, nas idéias de gestão participativa – também chamada “gestão-cidadã”¹³ –, de associação e de parceria, noção esta correspondente à reunião de pessoas para lograr desígnios comuns ou, pelo menos, reciprocamente dependentes¹⁴. Busca-se a substituição da administração pública burocrático-hierárquica por uma administração pública gerencial¹⁵, a deslocação da ênfase, da forma/meios (racionalidade instrumental) para os resultados/fins (racionalidade substancial).

É de se observar que, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Brasileiro (de 21.09.1995), de autoria do Ministério da Administração e Reforma do Estado - MERE, foram fixadas metas para cada uma das áreas de atuação do ente estatal, segundo os princípios acima apontados. Para o **“núcleo estratégico”**, concernente aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, propôs-se a renovação do aparelho estatal, mediante “política de profissionalização do serviço público” (política de carreira, anuidade dos concursos públicos, administração salarial) e realce na capacidade de gerenciamento; para as **“atividades exclusivas de Estado”**, ou seja as que apenas o Estado pode executar, definiu-se a necessidade de incremento dos instrumentos de participação e controle popular, bem delineou-se a figura das agências autônomas com escopos fixados em contratos de gestão; para o **“setor de produção de bens e serviços para o mercado”**, atinente às atividades econômicas com intuito lucrativo, buscou-se a consolidação do programa de privatização e a instalação de agências reguladoras; e, especialmente, para os **“serviços não exclusivos”**,

¹³ Cf. PINTO, Luiz Fernando da Silva. *Gestão-Cidadã. Ações Estratégicas para a Participação Social no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

¹⁴ V. capítulo específico sobre a reforma administrativa, em FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania e Processos de Integração: O Novo Conceito de Soberania em face da Globalização*. Curitiba: Juruá, 2002.

¹⁵ Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 22.

assim, compreendidos os serviços sociais (educação, saúde, cultura, previdência), cuja prestação se dá pelo Estado e pelas entidades da iniciativa privada, com e sem fins lucrativos, concebeu-se um programa de publicização, com a instituição de organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado que viessem a desempenhar serviços públicos, sem finalidade lucrativa, mediante fomento do Estado (repasse de dotações orçamentárias, utilização de bens e servidores públicos, regras próprias de licitação e contratação) e acompanhamento de suas atividades segundo as balizas e finalidades estabelecidas em contrato de gestão firmado com a União¹⁶.

Em seu programa de governo, editado sob o título “Avança Brasil”, o então candidato à reeleição para o cargo de Presidente da República, Fernando Henrique CARDOSO, destacava, como um dos seus objetivos, a “modernização do Estado”. Nesse sentido, discursava sobre a necessidade de se estabelecer novos mecanismos de “interlocução entre o governo e a sociedade civil”, especialmente através da promoção da participação comunitária, inclusive no controle de instituições públicas e privadas, e do estímulo à solidariedade social (filantropia e voluntariado). Asseverava:

Pelo menos por dois motivos essenciais, o aprofundamento da reforma do Estado é indispensável à construção de uma sociedade mais democrática e participativa: por um lado, o fato indisfarçável de que, em todos os seus níveis, o Estado, do modo como se foi constituindo ao longo da história e da forma como ainda funciona, inibe a democratização das relações entre povo e governo. Não só ele tende a se fechar às iniciativas da sociedade civil; tampouco se julga no dever de lhe prestar contas, como parte inseparável de suas incumbências.

(...)

Por outro lado, há o fato – este talvez ainda pouco nítido, porém não menos verdadeiro – de que, a nova divisão entre poder público e cidadania, o Estado terá responsabilidades ainda maiores – e não menores –, embora diversas das tradicionais. Pois, além de conservar

¹⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 44/46. Também BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuri Cunill (orgs.). *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 117/118.

*suas atribuições intransferíveis no campo social – muito ao contrário do que alguns propagam, por desconhecimento ou má-fé –, União, estados e municípios terão também de apresentar padrões de desempenho compatíveis com as novas exigências da população que os sustentam e com a qual deverão formar parcerias*¹⁷.

Sob a epítome “mais sociedade, menos Estado”¹⁸, exurge o Terceiro Setor, objeto do estudo ora encetado.

1. A TESE DA COORDENAÇÃO: SUBSIDIARIEDADE E PARCERIA. O TERCEIRO SETOR.

Pode-se afirmar que há, nos tempos atuais, um movimento intenso e significativo em torno da busca de novos paradigmas, que se consubstanciem numa opção aos já consagrados, mas também, de certa forma, já extenuados. Fala-se, assim, numa “terceira via”, além da social-democracia clássica e do neoliberalismo, bem como num “terceiro setor”, além do Estado e do mercado.

Numa perspectiva eminentemente política, Anthony GIDDENS modela a terceira via, e a ela associa um “processo de aprofundamento e ampliação da democracia”¹⁹. Cotejando a social-democracia clássica – também chamada de “velha esquerda”, caracterizada pelo domínio da sociedade civil pelo Estado, cujas malhas de interferência se estenderiam por toda a vida social e econômica, materializando-se num “*welfare state* abrangente, protegendo os cidadãos ‘do berço ao túmulo’” – com o neoliberalismo, ou “thatcherismo”, ou “nova direita” – tipificado pelas teses de abreviamento do Estado, de negação do *welfare state* e de autonomia da sociedade civil, cuja integridade, entretanto, seria garantida pelo mercado, que, por sua vez, seria ditoso na medida da capacidade

¹⁷ CARDOSO, Fernando Henrique. *Avança, Brasil: Proposta de Governo* / Fernando Henrique Cardoso. Brasília: s/ed, 1998, pp. 271-272.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 93.

¹⁹ GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia*. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 79. Sobre a origem da expressão “terceira via”, v. pp. 35/36: “tentativa de transcender tanto a social-democracia do velho estilo quanto o neoliberalismo”.

de iniciativa individual (individualismo econômico) —²⁰, o autor aponta para a terceira via, concebendo-a com fundamento na tríade descentralização/transparência/eficiência do Estado e na valorização da participação e da responsabilidade da sociedade civil (democratização): “o governo pode agir em parceria com instituições da sociedade civil para fomentar a renovação e o desenvolvimento da comunidade”²¹. Assim, um dos principais pilares da denominada terceira via é o estímulo à sociedade civil ativa. Especificamente, quanto ao *welfare state*, a terceira via proporia, segundo se diz, a permuta pela “sociedade de *welfare*”, em que “a concessão de benefícios de cima para baixo [do Estado para a sociedade civil] deveria ceder lugar a sistemas de distribuição mais localizados [concernentes às organizações da sociedade]”²².

Realça, outrossim, GIDDENS: “A coesão social não pode ser assegurada pela ação de cima para baixo do Estado ou pelo apelo à tradição. Temos de moldar nossas vidas de uma maneira mais ativa do que o fizeram gerações anteriores, e precisamos aceitar mais ativamente responsabilidades pelas consequências do que fazemos e dos hábitos de estilo de vida que adotamos. O tema da responsabilidade, ou da obrigação mútua, estava lá na social-democracia do velho estilo, mas permanecia em grande parte latente, já que era submergido no conceito de provisão coletiva. Temos de encontrar um novo equilíbrio entre indivíduo e responsabilidades coletivas hoje”²³. Em síntese: “não há direitos sem

²⁰ GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, pp. 17/18. À “social-democracia do velho estilo”, associa, o autor, a visão de que “uma forte presença do governo na economia, e também em outros setores da sociedade, é normal e desejável, uma vez que, numa sociedade democrática, o poder público representa a vontade coletiva”. Afirma, ainda que, os social-democratas da antiga desconfiavam das associações voluntárias: “Tais grupos freqüentemente fazem mais mal do que bem porque, comparados com os serviços sociais fornecidos pelo Estado, tendem a ser não profissionais, e a ser erráticos e condescendentes para com aqueles com quem lidam” (p. 19). Acerca do neoliberalismo, expõe que “a tese do Estado mínimo está estreitamente ligada a uma visão peculiar da sociedade civil como um mecanismo auto-gerador de solidariedade social” (p. 21), bem como que “do Estado, em particular o *welfare state*, diz-se ser destrutivo para a ordem civil, mas os mercados não o são, porque prosperam a partir da iniciativa individual” (p. 22).

²¹ GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 79. Assim, o cerne da discussão não seria “mais governo” ou “menos governo”, mas sim renovação da forma de governo (p. 82).

²² GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 128.

²³ GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 47.

responsabilidades”²⁴, ou, dito de outro modo, direitos apenas existirão, na medida em que todos os indivíduos se convençam e atuem no sentido da responsabilidade coletiva que os vincula, responsabilidade esta que não pode ser atribuída integralmente ao Estado, como se fossem apenas dele os deveres de ordenar, aprovisionar e acudir. Isso porque os direitos não são “exigências incondicionais”, encontrando-se atrelados a obrigações correlatas, que os garantem e mesmo justificam. De outro lado, ao Estado se impõe a admissão e a fomentação de instâncias extra-estatais de atuação, também orientadas para a satisfação do bem comum.

Acerca da base econômica da parceria a ser estruturada entre o Estado e a sociedade civil, GIDDENS menciona a “nova economia mista”. Esta buscaria “uma nova sinergia entre os setores público e privado, utilizando o dinamismo do mercado mas tendo em mente o interesse público”, ou seja não trataria a geração de riqueza nem como uma eventualidade (social-democracia clássica), nem como uma prioridade (neoliberalismo), mas em equilíbrio com as necessidades de caráter não-econômico²⁵. Nessa contextura, disserta o autor sobre o papel dos movimentos sociais, do voluntariado e das organizações não-governamentais (o chamado “terceiro setor”), destacando que, não obstante sua ascendência, no mundo contemporâneo, ao Estado continua sendo conferida a função de governar, não se podendo falar em substituição do Estado pela sociedade civil, mas, de modo positivo, na qualificação do Estado como investidor social, como parceiro da sociedade civil, com a qual estaria, de conformidade com seu novo perfil, coordenado e não contraposto.

Emerge, em consequência desse panorama, o princípio da subsidiariedade²⁶.

Segundo José Alfredo de Oliveira BARACHO, o conceito jurídico de subsidiariedade poderia ser mais adequadamente compreendido através da idéia de supletividade, sendo que esta, por seu turno, envolveria as noções de complementariedade e de suplementariedade. “A suplementariedade é o que se acres-

²⁴ GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 75.

²⁵ GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 109.

²⁶ A análise do princípio da subsidiariedade será aqui feita, fundamentalmente, com base na obra do professor José Alfredo de Oliveira BARACHO, intitulada O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

centa, entende-se que ela representa a questão subsidiária, destinada suplementariamente a desempatar os concorrentes”, de modo que não haveria como associar a subsidiariedade à idéia de algo secundário, dado o seu caráter decisório (“designar o vencedor”). “A subsidiariedade implica, nesse aspecto, em conservar a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem uns dos outros por suas relações entre si”, definindo qual dessas categorias se impõe numa dada realidade (alternatividade frente à dualidade de categorias aplicáveis). Por outro lado, a feição complementar, que é mais dilatada, repousa no reconhecimento de uma situação de pluralidade e diversidade de necessidades, no contexto de uma mesma estrutura, a exigirem respostas apropriadas, que resultarão, estas, do adicionamento congruente entre regimes possíveis (assistência). Afirmo o professor BARACHO: “de um lado está o poder público, cuja própria existência é um fato incontornável, qualquer que seja a teoria que pretenda explicá-lo. Do outro lado, estão as pessoas privadas que, em uma democracia, podem agir livremente, sob certas reservas, em todos os domínios. O Direito Público explica a intensidade de suas regras, ao passo que o Direito Privado aparece como complementar um do outro”²⁷. Tanto na suplementariedade, como na complementariedade, a idéia-base é a da coexistência coordenada.

Ainda segundo BARACHO, o princípio da subsidiariedade encontra antecedentes em Encíclicas da Igreja Católica, que reputava injusto “retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer”²⁸. Sua relevância jurídica se deve ao fato de estar associado diretamente à organização social e política, ao reconhecimento de um pluralismo que é inato à sociedade, bem como à idéia de se conferir autonomia a coletividades menores, diante de comunidades maiores, com o conseqüente compartilhamento de atribuições (função descentralizadora). Diz-nos, o professor referido:

Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que compreende, também, a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento

²⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 24-25.

²⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 26.

para conter ou restringir a intervenção do Estado. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades, dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade.

(...)

A compreensão do princípio da subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como em organização complexa pode-se dispor de competências e poderes. Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a idéia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. O princípio da subsidiariedade intui certa idéia de Estado, sendo instrumento de liberdade, ao mesmo tempo que não propõe a absorção de todos os poderes da autoridade central. A modificação da repartição de competência, na compreensão do princípio da subsidiariedade, pode ocorrer com as reformas que propõem transferir competências do Estado para outras coletividades. Através de sua aplicação, todas as conseqüências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades. Procura-se resolver a questão de saber quando o Estado e as demais coletividades devam ser reconhecidos na amplitude de suas competências. Deverá ser ela exercida, em nível local, ao mesmo tempo que se propõe determinar qual coletividade terá sua competência definida. Nem sempre o princípio da subsidiariedade dá resposta precisa a todas essas questões. Ele fixa apenas o essencial, quando visa a orientar uma reforma, uma política, indicando direção, inspirada na filosofia da descentralização²⁹.

Em síntese, o princípio da subsidiariedade aponta para a necessidade de repartição de poderes e atribuições, de sorte a que estes sejam distribuídos às coletividades, segundo a sua capacidade para exercitá-los, ou ainda, em virtude das especialidades atrativas consagradas pela coletividade.

No âmbito internacional, o princípio da subsidiariedade deve ser considerado em face das finalidades e dos mecanismos de atuação que se conferem aos Estados, assim como dos tipos de relação que a sociedade internacional engendra. Ensina BARACHO: “Às federações e à sociedade internacional, (*commu-*

²⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 26 e 30/31.

nitae orbis) aplica-se o princípio da subsidiariedade, objetivando a integração, sem reduzir as potencialidades dos entes circunjacentes”. E, em parágrafo seguinte: “O princípio da subsidiariedade leva-nos a considerar a coexistência de fins inferiores e superiores, através de suas coexistências”³⁰. Depreende-se que o estatocentrismo ou estatalismo arraigado obscurece o princípio da subsidiariedade, na medida em que nega ou limita substancialmente o agir de outros atores sociais não-estatais. Por outro lado, o internacionalismo, embora pressupondo a existência de Estados, identifica-os enquanto um dos elementos integrantes de uma realidade mais abrangente, denominada sociedade internacional, sociedade esta que pretende seja transformada em uma comunidade internacional. Trata-se, assim, de um projeto de convivência, pelo reconhecimento – repita-se – do pluralismo social.

Tem-se visto uma evolução expressiva das relações internacionais, resultado sobretudo da interdependência entre os Estados. Consequentemente, surge a necessidade de composição de forças. “Para o novo internacionalismo propõe-se, também, a construção da sociedade internacional com os princípios configuradores de subsidiariedade. Assenta-se, essa compreensão, no fato de que além dos governos e nações, surgem na vida da humanidade necessidades que não podem ser apenas consideradas isoladamente pelos Estados, desde que é necessária a *coordenação de esforços*”³¹. Mas essa coordenação deve ser feita de forma equilibrada e tolerante em relação à capacidade e às condições dos grupos menores (heterogeneidade), de sorte que, em sendo eventualmente consolidada a comunidade mundial, ou o Estado Único, este não se converta em opressor das comunidades menores nele abrangidas. “As propostas de um mundo homogeneizado, do Estado-nação ou do Estado Federal, não podem assentarem categorias institucionalizadas, esquecendo-se das comunidades menores. A organização temporal da sociedade e do mundo parte da proclamação da igualdade essencial dos homens, favorecedora da comunicação fraternal entre os seres humanos, através de políticas conciliatórias entre as nações, o Estado e as comunidades inferiores ou primárias, no que diz respeito às suas origens. **O princípio de subsidiariedade, na ordem internacional ou na ordem interna de cada Estado, toma como pressuposto essencial a consideração das entidades menores.** (...). A convivência das estruturas nacionais, com a supranacional é vista através do respeito ao princípio da subsidiariedade. O supergoverno mundial seria legitimado pelo cumprimento do princí-

³⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

³¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35.

pio de subsidiariedade, respeitando o que, por sua própria conta, façam ou possam fazer os Estados”³².

O princípio da subsidiariedade, assim, está embutido em todos os projetos de integração regional. Está no Tratado de *Maastricht* (União Européia). Inspirou o tratado de formação do MERCOSUL. “Os estados-membros confiam às instituições comuns, nos termos do princípio da subsidiariedade, as competências necessárias para manter as tarefas que podem realizar, de maneira mais satisfatória do que os estados isoladamente”³³. Demais disso, o princípio da subsidiariedade também se materializa e tem particular relevância no contexto dos instrumentos de proteção dos direitos humanos. Sublinhe-se, nesse tocante, a regra da “aplicação da norma mais favorável”, na qual está pressuposta um alto grau de coordenação entre o direito nacional dos Estados e o direito internacional, com vistas à perfectibilização, em nível ótimo, do objetivo pretendido (resguardo dos direitos de humanidade). Destarte, independentemente de se tratar de direito interno ou de direito internacional, ou de serem eles conflitantes, deve ser aplicada a norma que expresse o maior nível de favorecimento dos direitos humanos.

No contexto do direito interno, é evidente a força influenciadora do princípio da subsidiariedade, podendo ser realçado, no caso brasileiro, tratar-se de princípio diretor da recente reforma administrativa, baseada na figura do Estado Subsidiário³⁴, que resultou no afastamento do Estado-agente em relação àque-

³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 35-36. Negritos que não estão no original.

³³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 72.

³⁴ Convém sublinhar que alguns autores utilizam a expressão “Estado subsidiário” como sinônimo de “Estado mínimo”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contudo, apresenta salutar distinção: “Não se confunde o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo; neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal, naquele, o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e da livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 31. Segundo BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 48: “a subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável. O princípio de subsidiariedade não pode converter-se em seu oposto, isto é, o de ante-subsidiariedade. Nesse último, o homem e as sociedades intermediárias não deveriam fazer tudo que é capaz de fazer o próprio Estado. A inversão da fórmula, contrariando a subsidiariedade, leva a uma posição estatista”.

las atividades de índole eminentemente privada (diminuição do volume do Estado, mediante processos de privatização), e na ênfase à parceria entre o público e o privado (repartição de poderes entre o Estado e a sociedade. Acerca dessa concepção de Estado, resume, com primor, José Alfredo de Oliveira BARACHO:

A colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade. O Estado não pode ser considerado como corpo estranho, no qual os cidadãos são vistos burocraticamente. Suas atividades precisam ser compreendidas, em relação às comunidades menores e aos particulares.

(...)

O princípio da subsidiariedade, visto em confronto com a noção de Estado, na teoria do controle, deve ser encarado nas diversas maneiras de desmembramento do Estado através das coletividades secundárias. A natureza dessas coletividades impõe que sejam as mesmas depositárias de certas parcelas de poder público, principalmente em nível local.

(...)

O princípio de subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competências entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio da subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo em que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio da subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social³⁵.

³⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 40 e 48/49.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta as idéias inerentes ao princípio da subsidiariedade:

De um lado, de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, têm primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira idéia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente³⁶.

A parceria liga-se, assim, à compreensão de comunidade, que, por seu turno, refere-se à organização concertada (com repartição de tarefas e encargos e compartilhamento dos benefícios) e ao controle mútuo. A associação entre Estado e sociedade se sustenta, em suma, no respeito ao senso de que o ente estatal – o “grupo maior” – deve admitir e incitar a capacidade produtiva e distributiva das instituições organizadas pela sociedade – “grupos menores” – seja em razão de retratarem estes, mais fidedignamente, os anseios da comunidade que eles representam e da qual estão mais próximos, seja em virtude do próprio reconhecimento, pelo ente público, da impossibilidade de, sozinho, fazer frente a todas as necessidades que lhe são apresentadas. Em suma, define-se pelas idéias de composição e assistência. Fala-se, nesse contexto, numa “interdependência inevitável”, conceito segundo o qual “nenhuma entidade isolada possui todos os elementos necessários para abordar com eficácia uma necessidade social identificada”, de sorte que “a cooperação torna-se um pré-requisito para a eficácia”³⁷.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

³⁷ AUSTIN, James E. *Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor*. Trad. Peres, Lenke. São Paulo: Editora Futura, 2001, p. 25. Sobre o “direito de parceria”, v. WALD, Arnoldo, MORAES, Luiza Rangel de & WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, pp. 27/34.

A parceria abrange, segundo DI PIETRO – ao apreciar o conceito no âmbito do direito administrativo –, “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público”, manifestando-se como delegação (concessão e permissão de serviços públicos), fomento (convênio, contrato de gestão e termos de parceria), cooperação (terceirização) e desburocratização (administração gerencial)³⁸.

Esse referencial teórico é personificado, pelo menos em tese, pelo terceiro setor³⁹.

O terceiro setor compreende as organizações que não se enquadram nem no primeiro setor (Estado) e nem no segundo setor (mercado)⁴⁰, revelando-se como manifestação da atuação da sociedade, especialmente através do trabalho voluntário, que se organiza e se estrutura com vistas à realização de atividades que não visam ao lucro, mas à satisfação de anseios públicos ou de interesse geral da coletividade. O primeiro setor corresponde às atividades conduzidas mediante exercício de poder coercitivo institucionalizado e burocratizado. O segundo setor relaciona-se às atividades desenvolvidas com intuito lucrativo. O terceiro setor, enfim, reúne as entidades que atuam sem fins lucrativos (ausência de caráter mercante, de modo que os resultados positivos, em termos financeiros, são reinvestidos na própria atividade), mas que não se ligam ao aparelhamento estatal, nem estão presas às suas amarras – mesmo porque são pessoas privadas –, não obstante se dediquem à prestação de serviços que, por sua índole, são serviços públicos, e patrocinem o bem comum. “Expressa uma alternativa para as desvantagens tanto do mercado, associadas à maximização do lucro, quanto do governo, com sua burocracia inoperante. Combina a flexibili-

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33.

³⁹ Fala-se em hipótese, porquanto, como será visto mais adiante, os instrumentos nos quais tem se materializado o Terceiro Setor vêm se apresentando com distorções significativas em relação aos processos de instituição e às funções que deveriam exercer, bem como no tocante ao papel que competiria ao Estado nesse novo modelo de administração dos interesses públicos.

⁴⁰ Há autores (especialmente os americanos) que afirmam que o primeiro setor corresponde ao mercado, enquanto o segundo setor é retratado pelo Estado. Essa variação deve-se à opção doutrinária quanto à definição de que setor é o primogênito historicamente ou de que setor se impõe pela saliência no contexto social. Sobre a observação, v. COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 39.

dade e a eficiência do mercado com a equidade e a previsibilidade da burocracia pública”⁴¹.

Luiz Carlos Bresser PEREIRA e Nuria Cunill GRAU denominam de terceiro setor o “setor produtivo público não estatal” – ou simplesmente o “público não-estatal” – “são organizações ou formas de controle ‘públicas’ porque voltadas ao interesse geral; são ‘não-estatais’ porque não fazem parte do aparato do Estado”. Afirmam, os autores, a existência de “quatro esferas ou formas de propriedade relevantes no capitalismo contemporâneo”: a) a **pública estatal**, detentora do poder de Estado, respeitante às atividades tipicamente estatais, que o Estado executa por serem manifestação de seu poder soberano (justiça, legislação, polícia); b) a **pública não-estatal** (terceiro setor), “voltada para o interesse público, não tem fins lucrativos, ainda que regida pelo direito privado”; c) a **corporativa**, também sem intuito lucrativo, mas dedicada, restritamente, à promoção dos interesses de um setor ou grupo limitado; d) a **privada**, movida pelas possibilidades de lucro⁴². Realçam, ademais, quanto ao terceiro setor, que ele cumpre um duplo papel: a) de democratização, em termos de revelação da importância da sociedade, não apenas como cliente do Estado, mas também na definição da vontade estatal e no seu controle; b) e de atribuição de responsabilidades à sociedade na perfeição das suas necessidades⁴³. Apontam, ainda, como vantagens do público não-estatal, no tocante à produção social, a ampliação, quantitativa, da oferta de serviços públicos, cuja qualidade, por outro lado, é garantida pelo próprio sentido da voluntariedade que norteia as organizações do terceiro setor; a desburocratização da gestão dos serviços, com a flexibilização dos instrumentos correlatos (maior discricionariedade se comparado com os agentes da esfera pública estatal); formação da responsabilidade do administrador e dos agentes da organização pública não-estatal.

⁴¹ COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 58. Para CAMARGO, Mariângela Franco et al. Gestão do Terceiro Setor no Brasil. São Paulo: Editora Futura, 2001, p. 15, o terceiro setor seria um “‘meio-termo’ do ambiente político-econômico, intermediando as relações entre o Estado e o mercado no que tange às questões da melhoria social. Seu principal mérito é agregar modelos organizacionais eficientes aos seus objetivos voltados à filantropia”. Há, ainda, que atribua à expressão terceiro setor a identificação dos marginalizados e excluídos. V. PINTO, Luiz Fernando da Silva. Gestão-Cidadã. Ações Estratégicas para a Participação Social no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p.19. Por fim, há autores que empregam o termo terceiro setor como sinônimo de organizações não-governamentais (ONGs).

⁴² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 16/17.

⁴³ Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 30.

James AUSTIN defende que “o século XXI será a *era das alianças*”⁴⁴, a era das relações de cooperação, às quais, mais do que um sentido altruísta, se confere uma compleição estratégica. De fato, a colaboração entre Estado e sociedade civil, encarnada na forma de entidades privadas sem fins lucrativos prestadoras de serviço público, deveria ser percebida, não simplesmente como forma de melhor atender às expectativas sociais relacionadas à satisfação do interesse público, mas como mecanismo que possa contribuir para o desenvolvimento nacional, tomado este em sentido mais alargado, através da conscientização da co-responsabilidade pela *res publica*.

No Brasil, tem-se buscado corporificar o terceiro setor nas organizações sociais – OSs, criadas, no âmbito federal, pela Lei nº 9.637, de 15.05.1998, e nas organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, instituídas, também na esfera federal, pela Lei nº 9.790, de 23.03.1999, cujos instrumentos de parceria são o contrato de gestão e o termo de parceria, respectivamente.

Passemos às origens do atual modelo brasileiro de terceiro setor.

2. ANTECEDENTES.

Definido o terceiro setor – entidades particulares, sem fins lucrativos, que se destinam à prestação de serviços de interesse público –, pode-se destacar as formas pelas quais ele tem se materializado no ambiente jurídico brasileiro. Nessa direção, aponta-se, na esfera federal, para as organizações sociais e para as organizações da sociedade civil de interesse público, títulos específicos com os quais o Poder Executivo, nos moldes em que autorizado pelas Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99, poderá qualificar pessoas jurídicas de direito privado, que atuam na área dos serviços sociais ou serviços não-exclusivos de Estado, sem escopo lucrativo, porquanto unicamente voltadas à promoção do interesse público. Dessa qualificação e da pactuação de contrato de gestão ou termo de parceria – conforme o caso –, decorrerá a atribuição de certas vantagens e benefícios, a título de fomento, pelo Estado às organizações distinguidas por sua condição de prestadoras de serviços socialmente relevantes.

Convém ressaltar que, não obstante a instituição desses dois tipos de organização – que em muito se aproximam, conforme será visto mais adiante –

⁴⁴ AUSTIN, James E. Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor. Trad. Peres, Lenke. São Paulo: Editora Futura, 2001, p. 17.

seja algo recente, a idéia que as embasa já foi exercitada em oportunidades anteriores, bem como encontra precedentes em outros ordenamentos jurídicos. Eis o que se pretende agora apontar.

2.1. UM POUCO DE DIREITO COMPARADO: O CONCERTO SOCIAL NOS ESTADOS UNIDOS.

Não se objetiva, neste item, esmiuçar, com todos os detalhes, as características que o terceiro setor assume no ordenamento jurídico americano. Busca-se, tão-somente, tecer algumas considerações sobre o terceiro setor, para fins de definição de bases de confrontação com as organizações sociais brasileiras. A seleção da ordem jurídica americana se justifica por se constituir em “parâmetro mundial de comparação”, haja vista serem os Estados Unidos “o país onde o terceiro setor mais se desenvolveu, em virtude (...) de uma cultura política voltada para o associativismo e o voluntarismo”⁴⁵.

Simone de Castro Tavares COELHO, analisando o modelo americano, numa perspectiva político-sociológica, destaca que três são as concepções desenvolvidas acerca do relacionamento entre Estado e sociedade civil, nos EUA: a) o Estado continua a deter a iniciativa da ação voltada à solução dos problemas sociais, apenas sendo recomendável o enxugamento da máquina estatal (OSBORNE & GAEBLER); b) o Estado deve ter as atividades de sua incumbência consideravelmente reduzidas (Estado mínimo), com transferência efetiva de poderes de atuação para a comunidade (EGGERS & O’LEARY); c) entre o Estado e a sociedade civil deveriam ser admitidas estruturas mediadoras (como associações de bairro, igrejas, família, associações voluntárias), porquanto elas representariam as reais necessidades dos indivíduos (BERGER & NEUHAUS). Não obstante as diferenças teóricas entre elas, a autora afirma que as três teses se aproximam no ponto em que consideram relevante o encurtamento da distância existente entre Estado e sociedade civil⁴⁶. Mais que isso, os estudiosos têm notado a necessidade de coordenação entre todos os setores (Estado, mercado

⁴⁵ COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 21. Também traçando um paralelo entre os dois países, v. BRANCO, Vera Sylvia Venegas Falsetti. “Imunidade Tributária e Terceiro Setor (Filantrópico): Por Maior Transparência e Regulamentação”. In Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. N. 26. Jan./Mar., 1999, pp. 31-42.

⁴⁶ Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, pp. 45/55.

e sociedade civil). Especificamente, acerca da “cooperação intersetorial entre organizações com fins lucrativos e empresas do terceiro setor”, James AUSTIN analisa que, “nos Estados Unidos, as administrações Reagan, Bush e Clinton conclamaram as empresas com fins lucrativos e as organizações do terceiro setor a assumir um papel maior na resolução dos problemas da sociedade. Essa mudança de mãos das responsabilidades sociais está intensificando cada vez mais as exigências sobre os setores industriais e os setores sem fins lucrativos, pressionando-os a cooperar”⁴⁷. Isso demonstra o grau de desenvolvimento assumido pelo terceiro setor americano.

Simone de Castro Tavares COELHO ressalta, ainda, que, nos EUA, as organizações qualificadas como *public charities* – ou seja, as que se destinam a realizar um fim público ou de utilidade pública e nas quais 5% dos serviços, pelo menos, são prestados gratuitamente –, são destinatárias de subsídios governamentais (em maior escala, se comparado com o caso brasileiro), bem como caracterizam-se como resultado de uma participação maciça da comunidade, atuando na esfera do voluntariado, sendo este um aspecto marcante da sociedade americana (comparativamente, no Brasil, a “ação espontânea”, em verdade, tem sido assinalada pela implementação de políticas estatais de estímulo).

Desse envolvimento maior da comunidade, bem como considerando uma forma de atuação mais comercial (inclusive com cobrança de taxa dos usuários, a partir sobretudo do corte de verbas estatais destinadas às organizações), decorre o fato de que as *nonprofit organizations* (organizações sem fins lucrativos) americanas passaram a apresentar lucros significativos e a concorrer com as empresas do segundo setor (mercado), o que gerou a acentuação das políticas estatais de fiscalização. Por outro lado, as entidades brasileiras tem se caracterizado pela dependência expressiva em relação aos recursos de origem governamental e pela gratuidade dos serviços (ou cobrança de valores irrisórios) a que se dedicam, além do que o voluntariado no Brasil ainda demonstra carências⁴⁸.

Ainda comparando os dois sistemas, a autora sublinha os seguintes aspectos – dentre outros: a) no caso brasileiro, o terceiro setor é dirigido à satisfa-

⁴⁷ AUSTIN, James E. Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor. Trad. Peres, Lenke. São Paulo: Editora Futura, 2001, p. 23.

⁴⁸ Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, pp. 60/66. Sobre voluntariado, v. PEREZ, Clotilde & JUNQUEIRA, Luciano Prates (orgs.). Voluntariado e a Gestão das Políticas Sociais. São Paulo: Editora Futura, 2002.

ção das necessidades da população carente; nos EUA, a clientela do terceiro setor são grupos sociais, incluem ou não os mais carentes, o que é expressão da própria cultura americana; b) em ambos os países, as organizações do terceiro setor são eminentemente urbanas; c) o terceiro setor, no Brasil, sofre forte influência política e religiosa, enquanto, nos EUA, está centrado em valores fundamentalmente sociais; d) “a estrutura formal existente nas entidades americanas é mais integrada à instituição do que a das brasileiras, nas quais sua atuação tem mais o sentido de cumprir uma formalidade”; e) no tocante aos profissionais que atuam no terceiro setor, nos EUA são mais qualificados e preocupados com o aspecto gerenciamento; no Brasil, são menos qualificados e particularmente concentrados nas atividades-meio; f) o trabalho voluntário é mais expressivo na realidade americana⁴⁹.

2.2. NO BRASIL: AS ENTIDADES DE UTILIDADE PÚBLICA E DE FINS FILANTRÓPICOS E OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS.

O incitamento à iniciativa da sociedade civil, através da atribuição de títulos distintivos, por meio dos quais as correspondentes organizações tivessem acesso a benesses conferidas pelo Estado, em virtude de atuarem na prestação de serviços de interesse público ou na promoção do bem comum, pode ser vislumbrado, inicialmente, com a previsão legal de concessão do denominado **título de utilidade pública**, através da Lei nº 91, de 28.08.1935, regulamentada pelo Decreto nº 50.517, de 02.05.1961, título este decorrente de ato do Ministro da Justiça, de acordo com delegação de competência do Presidente da República (Decreto nº 3.415, de 19.04.2000).

Nos termos da Lei nº 91/35, as sociedades civis, associações e fundações constituídas no Brasil, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade (portanto, destituídas de interesse lucrativo), podem ser declaradas de utilidade pública – a pedido ou *ex officio* –, desde que preencham cumulativamente os seguintes requisitos: tenham personalidade jurídica, estejam em efetivo funcionamento, dediquem-se à servir altruisticamente a coletividade, não remunerem os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos (art. 1º). Especificando essas condições, o Decreto nº 50.517/61 estabeleceu que as entidades pretendentes ao título devem comprovar: “a) que se

⁴⁹ Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, pp. 105/144.

constitui no País; b) que tem personalidade jurídica; c) que esteve em efetivo e contínuo funcionamento, nos três meses imediatamente anteriores, com exata observância dos estatutos; d) que não são remunerados, por qualquer forma, os cargos de diretoria e que não distribui lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretextos; e) que, comprovadamente, mediante apresentação de relatórios circunstanciados nos três anos do exercício anteriores à formulação do pedido, promove a educação ou exerce atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas, ou filantrópicas, estas de caráter geral ou indiscriminado, predominantemente; f) que seus diretores possuam folha corrida e moralidade comprovada; g) que se obriga a publicar, anualmente, a demonstração de receita e despesa realizadas no período anterior, desde contemplada com subvenção por parte da União, neste mesmo período” (art. 2º). Por outro lado, uma vez declaradas de utilidade pública, as entidades ficam obrigadas a, anualmente, apresentarem relatório circunstanciado dos serviços que tiverem sido prestados, por elas, à coletividade (art. 4º, da Lei nº 91/35), devidamente acompanhado do demonstrativo da receita e da despesa realizada no período, ainda que não tenham sido subvencionadas (art. 5º, do Decreto nº 50.517/61).

O art. 3º, da Lei nº 91/35, reza que “nenhum favor do Estado decorrerá do título de utilidade pública, salvo a garantia do uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça, e a da menção do título concedido”. Assim, num primeiro momento, o título de utilidade pública tinha função, unicamente, de estabelecer uma condição de honorificência. Essa previsão, contudo, não foi repetida no Decreto nº 50.517/61. Leis posteriores estabeleceram benefícios a serem gozados pelas entidades que estivessem enquadradas como de utilidade pública. Eduardo SZAZI cita as referidas vantagens:

- *possibilidade de oferecer dedução fiscal no imposto de renda, em doações de pessoas jurídicas;*
- *acesso a subvenções e auxílios da União Federal e suas autarquias;*
- *possibilidade de realizar sorteios, desde que autorizada pelo Ministério da Justiça*⁵⁰.

⁵⁰ SZAZI, Eduardo. Terceiro Setor: Regulação no Brasil. 2a ed. São Paulo: Peiropólis, 2001, p. 91.

O título de utilidade pública também garante, às entidades beneficentes de assistência social, a isenção das contribuições a cargo da empresa, devidas ao INSS, desde que preenchidos os demais requisitos previstos no art. 55, da Lei nº 8.212/91. Dentre esses outros requisitos, conta o de que a pessoa jurídica deve ser portadora do certificado e do registro de entidade de fins filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, com renovação a cada três anos.

Consoante dispõe o art. 18, III e IV, da Lei nº 8.742/93, compete ao CNAS “fixar normas para a concessão de registro e certificado de fins filantrópicos às entidades privadas prestadoras de serviços e assessoramento de assistência social”, bem como “conceder atestado de registro e certificado de entidades de fins filantrópicos, na forma do regulamento a ser fixado”.

O **certificado de entidade de fins filantrópicos** será obtido através do cumprimento das determinações constantes do Decreto nº 2.536, de 06.04.1998, alterado pelo Decreto nº 3.504, de 13.06.2000, e da Resolução CNAS nº 177, de 10.08.2000. Inicialmente, é de se notar que apenas fazem jus ao certificado de entidade de fins filantrópicos, que é válido por três anos e renovável, as entidades beneficentes de assistência social, assim compreendidas as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que se dediquem a: “proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; amparar crianças e adolescentes carentes; promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência; promover, gratuitamente, assistência educacional e de saúde; promover a integração no mercado de trabalho” (art. 2º, do Decreto nº 2.536/98), bem como a “promover o atendimento e o assessoramento aos beneficiários da Lei Orgânica de Assistência Social e a defesa e garantia de seus direitos” (art. 2º, da Resolução nº 117/2000). Tais entidades deverão demonstrar, em suma, nos três anos imediatamente anteriores ao requerimento, cumulativamente: que estão legalmente constituídas no País e em efetivo funcionamento; que estão previamente inscritas no Conselho Municipal de Assistência Social do município de sua sede, se houver, ou no Conselho Estadual de Assistência Social, ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal; que estão previamente inscritas no CNAS; que aplicam suas rendas, recursos e resultados operacionais integralmente no território nacional e na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais; que aplicam as subvenções e doações recebidas nas finalidades a que estejam vinculadas; que aplicam, anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de loca-

ção de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruída; que não distribuem resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto; que não remuneram ou concedem vantagens a seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, em razão das suas atividades; que destinam, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública; que não constituem patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social; que sejam declaradas de utilidade pública (art. 3º, do Decreto nº 2.536/98). Depreende-se do enumerado que a obtenção do certificado pressupõe a anterior aquisição do registro no CNAS, nos moldes do determinado na Resolução CNAS nº 31, de 24.02.1999.

Afora essas experiências, reputa-se que a grande inspiração para as OSs e OSCIPs foram os **serviços sociais autônomos**⁵¹, assim compreendidas as pessoas jurídicas de direito privado (fundações, sociedades ou associações), sem intuito lucrativo, que, situando-se ao lado do Estado, com ele cooperam, na execução de interesses públicos. São tipificados como entidades paraestatais. Hely Lopes MEIRELLES os define como “todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais”⁵². Deles são exemplos as entidades componentes do “Sistema S” (SENAI, SENAC, SESC, SESI, SEBRAE, SENAT). O que vai distinguir os serviços sociais autônomos das organizações sociais é, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a prestação ou não de serviço público:

*Comparando essas entidades [serviços sociais autônomos] com as organizações sociais, verifica-se que, naquelas, o Estado não abriu mão da execução de serviço público que a lei lhe atribuiu, nem extinguiu qualquer de seus órgãos ou entidades. O Estado manteve intactas suas atividades e entidades e apenas **fomentou, ajudou, subsi-***

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 219.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26a ed. Atual. por Azevedo, Eurico de Andrade et al. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 353/354.

*diou a iniciativa privada na instituição de entidades que iriam exercer serviços de interesse público (**não serviço público**), instituindo, para esse fim, contribuição parafiscal para ajudá-las em sua atividade. No caso das organizações sociais, o Estado está delegando uma atividade sua, deixando de exercê-la; está extinguindo uma entidade pública para, em seu lugar, deixar nascer uma entidade privada. No caso dos serviços sociais autônomos, surge uma entidade paraestatal, que vai funcionar paralelamente ao Estado; no caso das organizações sociais, há uma substituição de uma entidade pública, que vai desaparecer, por uma entidade privada (dita “**pública não estatal**”).*

Os serviços sociais autônomos exercem atividades sociais não exclusivas do Estado, porém em colaboração com o poder público e sem perder, o serviço, a natureza de atividade privada de interesse público.⁵³

Outra fonte de aproximação apontada é o **Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais**, instituição criada pela Lei nº 8.246, de 22.10.1991, em substituição à Fundação das Pioneiras Sociais, extinta na mesma oportunidade. Cuida-se de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, reputada de interesse coletivo e de utilidade pública, que se destina a “prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde em cooperação com o Poder Público” (art. 1º, da Lei nº 8.246/91 e do Decreto nº 371/91), cuja gerência é supervisionado pelo Ministério da Saúde, através de contrato de gestão (instrumento de definição de balizas) firmado entre ela e a União.

Acerca da natureza da entidade, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que ela não poderia ser corretamente enquadrada como um serviço social autônomo, avizinhandose mais do modelo de organização social que se pretendeu adotar atualmente. Mais que isso, destaca que a Associação das Pioneiras Sociais - APS não possui um patrimônio ou recursos próprios, vivendo unicamente de dotações orçamentárias da União, administra bens e dinheiro públi-

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 221/222. Negritos que estão no original.

cos, bem como que apresenta outras características que a identificariam como pessoa integrante da administração pública indireta. Expõe que, como o Estado não teria pretendido atribuir à APS a condição de componente da administração pública indireta, e não sendo ela propriamente serviço social autônomo, a entidade estaria, em consequência, numa situação irregular, representando forma deplorável de parceria, concebida unicamente para garantir a não incidência das normas do regime jurídico de direito público⁵⁴. Também cotejando as entidades do sistema “S” com a APS, Fernando Facury SCAFF acentua que a diferença entre os dois seria palpável, tendo em conta que, nos serviços sociais autônomos, a autonomia seria muito mais acentuada, dado que “seus recursos têm origem distinta da orçamentária”, enquanto que, nas Pioneiras Sociais, existiria “tão-somente um rótulo de Serviço Social Autônomo, mas nenhuma autonomia frente ao orçamento público”, “uma contrafação, um simulacro de descentralização”⁵⁵.

O Tribunal de Contas da União, entretanto, já se manifestou no sentido de que a Associação das Pioneiras Sociais teria a natureza de serviço social autônomo (Decisão nº 66/2000, no Processo nº 014.877/1999-6, sessão de 09.02.2000). Disse mais que “o regime do contrato de gestão instaurado pela Lei nº 8.246/91 visou, em primeiro lugar, a restabelecer amplitude mais razoável de liberdade administrativa para o responsável gerir os recursos públicos que lhe são confiados, para que possa executar as atividades que deverão ser desenvolvidas, com vistas a atingir os objetivos de interesse coletivo, fixados na programação submetida à aprovação dos ministérios competentes, juntamente com o plano orçamentário” (Acórdão nº 112/1995, no Processo nº 014.236/94-0, sessão de 06.09.95). Na decisão TCU nº 24/1993 (Processo nº 010.982/92-2, sessão de 17.02.93), fez-se referência à Exposição de Motivos nº 57/GM, de 28.05.1991, firmada pelo Ministro da Saúde, relativa à Lei nº 8.246/91, da qual importa transcrever o seguinte trecho, porquanto revela as razões governamentais para a criação da entidade e a definição do contrato de gestão como mecanismo de acompanhamento governamental quanto às suas atividades:

*Excelentíssimo Senhor Presidente da República,
O Hospital Sarah Kubitschek, da Fundação das Pioneiras Sociais, é*

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 223/224.

⁵⁵ SCAFF, Fernando Facury. “Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado”. In *Revista de Direito Administrativo*. N. 225. Jul./Set., 2001, pp. 286/287.

uma das poucas instituições governamentais que escapou do processo de decadência da rede pública de assistência médica. Como fundação instituída em virtude de lei, a entidade sempre operou com recursos do Orçamento da União, única forma de atender gratuitamente à população, sem distinções.

Entretanto, como a Constituição de 1988 caracterizou tais instituições como “fundações públicas” e a elas estendeu o “regime jurídico único” em matéria de pessoal, os hospitais da Fundação das Pioneiras se transformarão em repartições públicas.

A aplicação desse modelo de organização ao setor de saúde não se pode fazer de maneira indistintamente generalizada.

(...)

Os administradores dos hospitais, além disso, devem ter segurança na continuidade dos planos e programas de atividades e autonomia para executá-los. Para isso, o processo de escolha dos dirigentes das instituições gestoras dos hospitais deve ser defendido de ingerências externas.

Esses pressupostos, que vigoravam até agora na Fundação das Pioneiras Sociais, desaparecerão com a adoção do regime jurídico único e a conseqüente degradação dos seus atuais padrões de assistência. Para evitar esse desastre, “é preciso manter o regime de entidade privada na administração dos hospitais da Fundação das Pioneiras Sociais”. Para isso propomos a Vossa Excelência implantar e testar, nesse conjunto hospitalar, um novo modelo de organização que, ao preservar o seu alto padrão de serviços, criará um instrumento renovador da ação do Estado no setor de saúde.

Esse modelo se baseia no contrato de gestão, a ser firmado pelo Ministério da Saúde com entidades privadas sem fins lucrativos, para que essas entidades administrem os hospitais públicos segundo planos, diretrizes e objetivos pré-estabelecidos. Os planos serão custeados com recursos governamentais, e fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União. A Secretaria de Administração Federal definirá os termos do contrato, assegurando liberdade administrativa às entidades privadas contratadas, caracterizadas juridicamente como serviços sociais autônomos, de direito privado.

Para implementar esse novo modelo, é necessário extinguir a Fundação das Pioneiras Sociais e adotar disposições de acordo com o

acima descrito, cuja implementação seria conduzida pelos integrantes do atual Conselho Comunitário da Fundação (...), que passariam a compor o Conselho de Administração da nova Associação (...).

Interpretando a Exposição de Motivos, para fins de esclarecimento acerca do disciplinamento a ser dado aos procedimentos licitatórios da Associação das Pioneiras Sociais – se estariam ou não submetidos aos arts. 85 e 86, do Decreto-lei nº 2.300/86 –, o TCU, no Processo nº 010.982/92-2, em que foi relator o Ministro Luciano Brandão Alves de SOUZA, manifestou-se contrariamente às conclusões da Unidade Técnica e do Ministério Público, que entendiam pela submissão dos serviços sociais autônomos, inclusive da APS, às normas de administração financeira da Administração Pública, nos seguintes termos:

À vista dessas justificativas, parece-nos lícito inferir que, ao propor a criação da APS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, a intenção do Governo Federal, homologada pelo Congresso Nacional, foi, principalmente, conferir à entidade natureza jurídica que lhe permitisse atuar sem a incidência de preceitos incompatíveis ou de aplicação desaconselhável em instituições com essas características e finalidades.

Buscou-se, sem dúvida, o equilíbrio ideal entre a autonomia da entidade – imprecindível para garantir-lhe a mobilidade que inspirou sua criação – e os controles mantidos pelo Poder Oficial, visando assegurar o cumprimento dos fins públicos, de natureza médico-hospitalar, que presidem a existência da organização.

Não podemos desconhecer que a flexibilidade gerencial é inerente ao modelo organizacional previsto na Lei nº 8.246/91, cuja formulação se baseia no contrato de gestão. Sua implementação pressupõe o cumprimento, pela APS, de objetivos previamente definidos em plano operacional elaborado em consonância com o estabelecido na Lei nº 8.080/90, que regulamentou as ações e serviços de saúde em todo o território nacional e instituiu o Sistema Único de Saúde, nos termos dos arts. 197 e 198 da Constituição Federal.

Inegavelmente, eventuais barreiras ou exigências burocráticas, quando não situadas em grau razoável e indispensável, poderão prejudicar ou inviabilizar os resultados perseguidos com o inovador método

institucional criado à vista da importante função governamental de prestar assistência médico-hospitalar quantificada e gratuita a todos os níveis da população.

(...)

Todo esse modelo característico da Associação das Pioneiras Sociais parece-nos plenamente compatível com a sua atual situação jurídica. Trata-se de entidade autônoma que atende ao processo de descentralização por cooperação. É diferente, portanto, das pessoas administrativas resultantes do processo de descentralização institucional, e que compõem a Administração Indireta.

(...)

Temos para nós que a Associação das Pioneiras Sociais não é destinatária das regras impostas pelo art. 86 do Decreto-lei nº 2.300/86. Salvo quanto aos princípios básicos expressamente anunciados no art. 3º do citado Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos, a teor das normas específicas contidas na Lei nº 8.246/91 (art. 3º - XV) e na regulamentação objeto do Decreto nº 371/91 (art. 11).

Pronunciando-se sobre o voto do Relator, o Ministro Presidente Carlos Átila Alves da SILVA assim se expressou:

A formulação a que confere a esse contrato de gestão abre um campo excepcional. É diferente desses contratos de gestão que estão sendo assinados, por decisão do Poder Executivo, com empresas estatais e sociedades de economia mista [refere-se aos contratos de gestão firmados com supedâneo no Decreto nº 137, de 27.05.91], porque me parece que nesses casos continua prevalecendo a íntegra do Decreto-lei nº 2.300, vez que não se altera por Decreto o regime inscrito em lei e essas entidades continuam integrando a administração indireta, se estendendo, portanto, a elas todo o complexo normativo previsto para os quatro gêneros de entidades da administração indireta especificados no art. 4º do Dec.-Lei 200. Já o caso desses entes de cooperação – como os tratadistas os classificam, citados pelo Ministro-Relator – o caso dessas entidades é diferente porque a elas se estendem o normativo mais genérico. De forma que é uma colocação extremamente feliz diferenci-las exclusivamente ao art. 3º do Decreto-lei 2.300. Não só o Dec.-Lei 2.300 como a própria Constituição subordina todos os atos administrativos de entidades governamentais ou paraestatais ao princí-

pio da publicidade, moralidade, etc, que são incorporados ao Decreto-lei 2.300, art. 3º, de forma que, realmente, eu creio que estabelece uma linha muito original e muito importante para que esse contrato de gestão possa prosperar.

A idéia, por conseguinte, que norteou a instituição da APS foi a de garantir maior liberdade à entidade, no sentido de desobrigá-la de certas exigências normativas impostas às instituições dedicadas à exercitação de serviços de interesse geral da coletividade. Compreendeu-se que a manutenção de certos procedimentos burocráticos constituiria um empeco ou um complicador para a adequada prestação de certas atividades de fins públicos, de modo que se imporia a flexibilização de gerenciamento das instituições em comento. O germe das organizações sociais, então já implantado, se desenvolvia.

Celso Antônio Bandeira de MELLO historia que a primeira menção ao termo organizações sociais se deu com o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, segundo o qual o INSS poderia firmar convênios, acordos ou contratos com organizações sociais. Através da MP nº 1.591, de 09.10.1997, regulou-se a matéria, sendo ela reeditada várias vezes, posteriormente substituída pela MP nº 1.648-6, de 24.03.1998, até ser convertida na Lei nº 9.637, de 15.05.1998. Antes, contudo, em 10.10.1997, foi editado o Decreto nº 2.344, que instituiu o processo de inventário de entidades estatais em extinção a serem transformadas em organizações sociais⁵⁶. Esse apanhado concerne ao âmbito legislativo. Em sede de Executivo, entretanto, as organizações sociais foram mencionadas, em meados de 1995, com o lançamento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, no qual elas foram definidas como “entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária”⁵⁷.

3. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (LEI Nº 9.637, DE 15.05.1998).

A possibilidade de qualificação de entidades como Organização Social – OS, na esfera federal, foi instituída através da Lei nº 9.637, de 15.05.1998, que,

⁵⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 154/155.

⁵⁷ Trecho do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, transcrito em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 212.

simultaneamente, autorizou a criação, pelo Poder Executivo, via decreto, do Programa Nacional de Publicização – PNP e dispôs sobre a extinção de órgãos e entidades públicas, com a assimilação de suas atividades pelas organizações sociais.

O mencionado PNP corresponde, num primeiro momento, ao conjunto de medidas a serem adotadas com vistas à transmissão e ao espargimento dos serviços públicos não exclusivos de Estado, às instituições privadas reconhecidas como mais capacitadas a desenvolvê-los, desobrigando-se o Estado de exercê-los diretamente. Segundo os ditames da lei, o PNP concerne ao estabelecimento de “diretrizes e critérios para a qualificação das organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas áreas referidas no art. 1º⁵⁸, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I – ênfase no atendimento ao cidadão-cliente; II – ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III – controle social das ações de forma transparente” (art. 20).

Iniciando, de logo, o programa de publicização dos serviços sociais, a Lei nº 9.637/98 (arts. 21 e 22) determinou a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron (integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ) e da Fundação Roquete Pinto (vinculada à Presidência da República). Em decorrência da extinção, o Poder Executivo foi autorizado a qualificar como organizações sociais as recém-nascidas, em evidente substituição, Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – ABTLuS e Associação de Comunicação Educativa Roquete Pinto – ACERP, bem como a permitir a incorporação das atividades de incumbência das entidades extintas pelas novas pessoas de direito privado prestadoras dos correlatos serviços sociais. De se ressaltar, outrossim, os efeitos decorrentes da extinção dos órgãos ou entidades públicos apontados, com a conseqüente assimilação das suas atividades pelas pessoas privadas, qualificadas de organização social. Nesse sentido, autorizou a lei que os servidores das entidades extintas, integrantes, em virtude da extinção, de quadros em extinção em outros órgãos ou entidades, fossem cedidos, com encargo para a origem, às organizações sociais, bem como que parcela dos recursos orçamentários, destinados aos órgãos ou entidades extintos, fosse reprogramada para o fomento das atividades sociais,

⁵⁸ Quais sejam: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

“assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social”. Mais que isso, a lei anuiu que a essa parcela fossem adicionados mais recursos “decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas”. Houve, por assim dizer, um remanejamento: as atribuições, assim como os bens, recursos e servidores das entidades públicas que desapareceram foram traspassados às pessoas jurídicas de direito privado criadas com essa finalidade específica de permutação.

Analisando-se o mencionado art. 20, da Lei nº 9.637/98 (associado às regras específicas dispostas nos arts. 21 e 22, do mesmo diploma legal), infere-se o caráter marcadamente artificial com que se assinalou as organizações sociais. Nasce elas como designativos de pessoas jurídicas de direito privado, instituídas com feição nitidamente substitutiva de órgãos ou entidades de direito público, cujas atribuições devem ser incorporadas pelos novos agentes privados, através da celebração de contratos de gestão. Negou-se, por assim dizer, às organizações sociais, a espontaneidade de atuação da sociedade civil, elemento que está na base teórica das noções de parceria entre público e privado e de Estado subsidiário. De certo modo, o que se tem, segundo o sistema instituído por lei, é mecanismo voltado à permutação de entidades públicas por pessoas jurídicas de direito privado, sendo que estas – com criação compelida, irresistivelmente, pelo Estado – exercitarão as mesmas atividades anteriormente atribuídas àquelas, através de servidores e bens públicos e da utilização de recursos orçamentários, não estando, contudo, diferentemente do que ocorria com as primeiras, submetidas aos rigores das normas de direito público. Cuida-se de desvirtuamento gritante em relação às finalidades que se atribuem às organizações sociais, como entidades do terceiro setor. Acerca do processo de constituição das organizações sociais – e demonstrando o artificialismo das OSs – expõe Maria Inês BARRETO:

Em linhas gerais, o processo de constituição de organizações sociais envolve sete etapas, a saber:

- a decisão do governo;
- a criação da entidade pública não-estatal;
- a proposta de publicização;
- a aprovação legal;

- o inventário simplificado;
- a implementação do contrato de gestão;
- a gestão do contrato de gestão e
- a gestão das organizações sociais.

Por iniciativa do Ministério interessado, este e o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – Mare propõem a publicização de atividade desempenhada por entidade estatal vinculada ao primeiro e, para essa finalidade, assinam protocolo de intenções, definem e instituem equipe para induzir o processo e aprovam o plano de trabalho.

A entidade estatal proponente do protocolo é incumbida de constituir nova entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado sem fins lucrativos [para a constituição é necessário: aprovação e registro do estatuto, instalação do conselho de deliberação superior e eleição da diretoria]. A questão crucial, nesse momento, reside na definição da composição e das atribuições de seu órgão de deliberação superior – com representantes do poder público e da sociedade –, que deterá exclusivamente o poder decisório da organização social assim constituída.

As etapas de publicização e aprovação legal consistem na elaboração e encaminhamento da proposta de publicização às instâncias de aprovação, quais sejam o Congresso Nacional e a Presidência da República. Nesse processo, o mais importante reside na negociação política dessa proposta no âmbito do Congresso.

Uma vez sancionada e publicada a lei, o presidente da República baixa decreto qualificando a entidade como organização social, determinando a realização de inventário simplificado e nomeando o inventariante. Além disso, abre créditos orçamentários destinados a viabilizar o funcionamento da nova organização. O processo de inventário simplificado resulta na transferência dos recursos orçamentários, humanos e patrimoniais da entidade estatal para o ministério supervisor, que deverá repassá-los à nova organização social. É interessante notar que, diferentemente dos casos de inventário tradicional, nesse processo simplificado as atividades são transferidas antes

*do encerramento da entidade estatal, logo após o arrolamento de contratos, bem e pessoal.*⁵⁹

As organizações sociais, cujo surgimento decorre de induzimento pelo Estado, em virtude da extinção de entidades públicas e da necessidade de que os serviços até então prestados por estas passem a ser exercitados por outros agentes, passam, na nova contextura que caracteriza a Administração Pública brasileira, a conviver com pessoas jurídicas de direito privado espontaneamente criadas pelos particulares para atender determinadas necessidades de feição pública, socialmente relevantes, em atuação complementar e não supressiva das incumbências do Estado. Esse cotejo traduz as distorções que se percebem no projeto de parceria concebido pelo Estado, rotulado de Programa Nacional de Publicização, em que, à sociedade civil, se confere unicamente (além da atribuição de co-financiamento) alguns assentos no conselho de administração da OS, sob o fundamento de que esses postos dão ensanchas ao controle social, no qual têm sido concentradas todas as responsabilidades pelo sucesso do programa.

Críticas vigorosas e pertinentes têm sido tecidas à Lei nº 9.637/98, cuja constitucionalidade, inclusive, foi contestada através de ações diretas de inconstitucionalidade⁶⁰, ainda não apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Assevera-se que o Estado está buscando desincumbir-se de seus deveres, constitucionalmente definidos, chegando ao ponto de converter “serviço público” em “atividade privada de interesse público”, pela “transmutação” de entidades públicas em pessoas privadas. Contesta-se a alargada discricionariedade atribuída ao Estado na seleção das instituições que gozarão das benesses oriundas da qualificação como organizações sociais, bem como a desconsideração das normas constitucionais e legais com incidência exigida quando se trata de gestão de bens, dinheiro e servidores públicos. Essas questões serão objeto de mais detida análise em item seguinte. Por enquanto são colocadas como um referencial

⁵⁹ BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 123/124.

⁶⁰ V. ADIN 1923/DF, pendente de julgamento: após o Relatório, na sessão plenária de 24.06.99, o julgamento foi adiado por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), indeferindo o pedido de medida liminar, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim (sessão de 05.08.1999). V. também ADIN 1943/DF.

da análise, de modo que ao arcabouço teórico apresentado no início do trabalho se associem as práticas adotadas na realidade dos fatos.

De pronto, convém, ainda, advertir que a Lei nº 9.637/98 trata das organizações sociais no âmbito federal. Os Estados-membros poderão também, nas esferas de sua competência, instituir organizações sociais. Apenas como exemplo, é de se citar o caso do Estado de Pernambuco, que dispôs sobre a qualificação de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público através da Lei Estadual nº 11.743, de 20.01.2000, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 23.046, de 19.02.2001. Dentre as organizações sociais do Estado de Pernambuco, destaca-se, inclusive pelas referências internacionais, a Associação Núcleo de Gestão do Porto Digital – qualificado por meio do Decreto Estadual nº 23.212, de 20.04.2001 –, com atuação da área de tecnologia de informação e comunicação, com vistas ao desenvolvimento da economia digital. As *consideranda* desse decreto salientam a “necessidade de formação de parcerias que possibilitem a interação e cooperação entre universidades, órgãos e entidades públicas e privadas para a estruturação de um ambiente de negócios capaz de criar e consolidar empreendimentos de classe mundial em tecnologia da informação e comunicação”.

3.1. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS.

As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que se dedicam a atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º, da Lei nº 9.637/98), assim qualificadas pelo Estado, com o qual celebram contrato de gestão, em que ao ente público cabe a condição de financiador e às organizações sociais o dever de alcançar os resultados almejados no prazo estipulado. São ditas organizações públicas não-estatais ou “organizações de propriedade pública que não pertencem ao Estado”⁶¹. Maria Coeli Simões PIRES define a organização social como “pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída como fundação ou associação civil, e qualificada, na forma da lei, pelo Poder Público, para serviços públicos não exclusivos ou de caráter competitivo nas áreas de ensino, pesquisa científica,

⁶¹ MORALES, Carlos Antonio. “Provisão de Serviços Públicos através de Organizações Públicas Não-Estatais: Aspectos Gerais”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Refirma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 64.

desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, em sistema de parceria nos termos de contrato de gestão, de natureza administrativa’⁶².

Note-se que não se está diante de uma nova entidade, mas sim de um título concedido pelo ente estatal como forma de garantir a identificação das instituições que, em razão das atividades que exercitam, devam ser subsidiadas, financiadas ou fomentadas.

DI PIETRO entende que as OSs – assim como as OSCIPs, os serviços sociais autônomos e as entidades de fins filantrópicos e de utilidade pública – são entidades paraestatais, tendo todas as mesmas características: a) são pessoas jurídicas de direito privado; b) com regime jurídico de direito privado, permeado por normas de direito público; c) sem fins lucrativos; d) prestam serviços não exclusivos de Estado; e) são destinatárias de medidas de estímulo implementadas pelo Estado, por, com ele, colaborarem; f) estão sujeitas a controle, inclusive pelo TCU, por gerenciarem dinheiro público⁶³. Essa asseveração, contudo, não obscurece as especificidades que individualizam cada uma dessas instituições.

3.2. PROCESSOS DE QUALIFICAÇÃO E DESQUALIFICAÇÃO.

Para fins de habilitação à qualificação como organização social, as entidades deverão cumprir os requisitos fixados na lei de regência (art. 2º). Assim, deverão comprovar o registro de seu ato constitutivo, no qual constem: a natureza social dos seus objetivos atinentes à área de sua atuação (dentre aquelas enumeradas no art. 1º); a finalidade não lucrativa; a previsão expressa de existência de um conselho de administração e de uma diretoria, com composição e atribuições; a previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior (conselho de administração), de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, selecionados segundo sua capacidade profissional e idoneidade moral; a aceitação de novos associados, em se tratado, a pessoa de direito privado, de associação; a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese; a previsão de incorporação inte-

⁶² PIRES, Maria Coeli Simões. “Terceiro Setor e Organizações Sociais”. In Boletim de Direito Administrativo. Abril, 1999, p. 248.

⁶³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 211/212.

gral do patrimônio, dos legados e doações que lhe forem destinados, bem como dos excedentes financeiros, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

A qualificação como organização social é decisão que incumbe, discricionariamente, ao Poder Executivo, mais especificamente ao Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objetivo social e do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado. Trata-se de autorização que se defere segundo, unicamente, juízos de conveniência e oportunidade, diante do preenchimento dos requisitos expressos em lei. Pode-se afirmar que a outorga da qualificação é ato discricionário, quanto à utilidade e ao momento propício, mas, de outro ângulo, é ato vinculado ao preenchimento das condições impostas pela lei a autorizar o reconhecimento de uma organização social.

Esse é, por certo, como se destacará avante, um dos pontos que causam mais aversão aos doutrinadores. A discricionariedade conferida ao Poder Executivo e, mais especificamente, à parcela desse Poder, ausentes quaisquer critérios objetivos ou diretrizes de seleção e fiscalização, tem sido tratada como aniquiladora das conquistas do Estado Democrático de Direito, representadas, em particular, pelos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

A desqualificação, de outro lado, decorrerá do descumprimento das determinações constantes do contrato de gestão e deve ser precedido de processo administrativo regular (art. 16). Embora a lei reze que o Poder Executivo “poderá” desqualificar a entidade se constatar o inadimplemento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica, trata-se, na verdade, de um dever, e nessa direção deve se interpretar o dispositivo. Consequências da desqualificação serão a responsabilização dos dirigentes pelos danos que tiverem sido ocasionados, bem como a reversão dos bens e valores públicos até então utilizados pela organização social, além de outras sanções cabíveis segundo os atos praticados.

3.3. ESTRUTURAÇÃO E ATUAÇÃO.

Na estrutura da OS, o destaque é atribuído ao Conselho de Administração, no qual foram concentrados os mais significativos poderes de regramento, decisão e fiscalização. De fato, a ele cabe não somente definir o âmbito de atuação da entidade, mas também aprovar as propostas de contrato de gestão e

de orçamento, bem como do programa de investimentos, fixar a remuneração dos membros da diretoria, aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade, aprovar o regimento interno, aprovar regulamento próprio com os procedimentos atinentes à contratação de obras, serviços, compras e alienações e ao plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade (apartado do regime jurídico de direito público), aprovar e encaminhar os relatórios gerenciais e de atividades, inspecionar o adimplemento das metas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais.

Diante da autoridade atribuída ao Conselho de Administração, convém realçar sua composição, vez que esta se dá com predominância de representação do Poder Público e da sociedade civil. De fato, segundo a Lei nº 9.637/98, o referido conselho será composto por: 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público; 20 a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil; até 10% de membros eleitos dentre os membros ou associados (em se cuidando de associação civil); 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; até 10% de membros indicados ou eleitos na forma determinada pelo estatuto (art. 3º).

Pode-se asseverar que o conselho de administração é tratado, pelos mentores do programa de publicização, como o coração da estrutura das organizações sociais. E isso não tanto pelo fato dele deter significativos poderes normativos e decisórios (monopolizados, inegavelmente, pelo Estado), mas, sobretudo, porque a maioria (mais de 50%, a teor do inciso III, do art. 3º, da Lei nº 9.637/98) do conselho deve ser composta de representantes do poder público e de entidades da sociedade civil. Sustenta-se que o referido conselho personifica a participação da sociedade civil nas OSs, garantindo o controle social, que é reputado o “elemento de contrapeso da balança”, o único capaz de inibir a “utilização dessas entidades para fins políticos ou econômicos”⁶⁴.

Acerca da vultosa participação estatal no órgão, há os que sustentam que sua previsão teve por objetivo evitar a privatização das atividades. De outro ângulo, há os que indicam que ela poderá inibir a iniciativa particular, por “tender à dominação”, desprestigiando a tese da parceria⁶⁵.

⁶⁴ BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 133.

⁶⁵ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. “Terceiro Setor e Organizações Sociais”. In *Boletim de Direito Administrativo*. Abril, 1999, p. 249.

De se destacar que, embora não recebam remuneração pelo serviços que prestam à organização social, os conselheiros fazem jus a uma ajuda de custo, por reunião de que participarem. Ademais, diferentemente do que ocorre nas entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos, os dirigentes e empregados das organizações sociais – estes sujeitos a regime celetista –, enquanto no exercício de suas atividades, são remunerados, observando-se, contudo, para tal fim, os limites e critérios, previamente estipulados no contrato de gestão, para as despesas da organização a título remuneração. Isso é apontado, por alguns autores, como um ponto particularmente positivo em favor das organizações sociais, haja vista o seu papel estimulante de uma participação mais efetiva dos indivíduos. Assim, na medida em que passam a contar com os meios necessários à sua subsistência, as pessoas se tornam mais comprometidas com as tarefas que abraçam, a elas dedicando maior tempo e atenção (profissionalização do terceiro setor).

Vale salientar também que, segundo previsão expressa da lei, quaisquer excedentes financeiros ou resultados positivos que venham a se apresentar, em razão do desenvolvimento das atividades pelas organizações sociais, devem, necessariamente, ser revertidos em proveito das próprias atividades, correspondendo a mais uma fonte de investimentos nos serviços que são prestados. Trata-se de conclusão embutida na própria consideração da natureza não lucrativa dessas instituições.

Nos termos do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, é dispensável a licitação para fins de “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”. Ou seja, os bens, servidores e recursos públicos destinados às organizações sociais poderão, na forma da norma transcrita, ser direcionados à prestação de serviços para o próprio Estado. Consequentemente, o ente estatal remunerará as tarefas executadas pelos seus próprios servidores e com emprego de recursos orçamentários. Eis mais uma norma de constitucionalidade duvidosa.

O relacionamento entre a organização social e o Estado é regido pelas disposições constantes de contrato de gestão.

3.4. O CONTRATO DE GESTÃO E AS INCUMBÊNCIAS DO ESTADO.

É através do contrato de gestão – similar ao contrato de programa francês – que se aperfeiçoa juridicamente o relacionamento entre o Estado e as

organizações sociais. Através dele, firmam-se duas posturas: a do poder público, como fomentador da iniciativa particular, subsidiando-a com dotações orçamentárias, bens e servidores públicos; e a da pessoa jurídica de direito privado, como colaboradora do Estado, no fornecimento de serviços sociais, cumprindo as metas de desempenho definidas nos prazos ajustados.

Não obstante haja, atualmente, uma tendência a se associarem os contratos de gestão com as organizações sociais, o fato é que esses instrumentos têm sido manejados já há algum tempo e com outros sujeitos envolvidos.

Nesse sentido, nota-se que o Programa de Gestão das Empresas Estatais, instituído através do Decreto nº 137, de 27.05.91, trouxe em seu bojo o contrato de gestão como forma de relacionamento da Administração central com empresas estatais (da Administração Indireta). Os primeiros contratos de gestão com essa base foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce (Decreto s/nº, de 10.06.92) e a Petrobrás (Decreto nº 1.050, de 27.01.94), tendo sido concebidos, de acordo com o Governo, como forma de eximir essas empresas dos entraves burocráticos da Administração, garantindo-lhes maior autonomia administrativa, financeira e empresarial, e, pois, aumento da eficiência e da competitividade. Analisando a sistemática então adotada, o TCU, em decisão tomada em 02.02.1994 (Processo nº 3.518/94-9), entendeu que o mencionado instrumento não desobrigaria as empresas estatais “do cumprimento de preceitos constitucionais e legais pertinentes à espécie”, quais sejam: realização de concurso público para fins de seleção e admissão de pessoal (art. 37, II, da CF/88); observância do limite máximo fixado no art. 37, XI, da Constituição, no tocante à remuneração de dirigentes e servidores; feitura de licitação na contratação de obras e serviços, aquisição e alienação de bens (art. 37, XXI, da CF/88 e Lei nº 8.666/93); prestação de contas ao Tribunal de Contas. Esclarece Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que os decretos em referência, ao ampliarem a autonomia das empresas públicas à custa do afastamento das regras legais de controle da atuação dos entes componentes da Administração Pública, teriam subvertido a hierarquia das normas, haja vista que, sendo a matéria de controle estabelecida por lei, não poderia esta ser derogada por decreto do Poder Executivo⁶⁶.

Quanto ao contrato de gestão instaurado pela Lei nº 8.246/91, que criou o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, visou, de acordo

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 205/206.

com o TCU (Processo nº 14.236/94-0 – Sessão de julgamento de 06.09.95), “a restabelecer amplitude mais razoável de liberdade administrativa para o responsável gerir os recursos públicos que lhe são confiados, para que possa executar as atividades que deverão ser devolvidas, com vistas a atingir os objetivos de interesse coletivo, fixados na programação submetida à aprovação dos ministérios competentes, juntamente com o plano orçamentário”.

O fato é que apenas com a Emenda Constitucional nº 19/98 foi inserida, na Carta Magna, a previsão do contrato de gestão, instrumento que, de acordo com Marcos Juruena Villela SOUTO, “tem como finalidade incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público; tem como metas a redução de controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilidade das ações das empresas estatais, e desde o início fixa os resultados pretendidos, de forma que sejam periodicamente aferidos. Enfim, pretende a modernização das empresas estatais”⁶⁷. Dispõe o § 8º, do art. 37, da CF/88, *verbis*:

Art. 37. (...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

Realce-se que esse dispositivo refere-se aos contratos de gestão que podem ser firmados entre a Administração Direta e um órgão (de validade duvidosa, porquanto órgãos não possuem personalidade jurídica própria) e entre a Administração Direta e uma entidade da Administração Indireta. O contrato de gestão a ser estipulado com as organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado encontra embasamento na própria Lei nº 9.637/98. Diferenciando os

⁶⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização. Privatização, Concessões e Terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 285.

dois instrumentos, quanto aos seus efeitos, DI PIETRO assinala que “o contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrados com organizações sociais, restringue sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão de sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão”⁶⁸.

O contrato de gestão é definido pelo art. 5º, da Lei nº 9.637/98, como o “instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”. Consoante dispõe o art. 6º, o documento será elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social – o contrato deverá ser aprovado pelo conselho de administração da entidade –, com a discriminação das atribuições, obrigações e responsabilidades de cada uma das partes. O contrato de gestão deverá especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, bem como fixar escopos a serem alcançados e os prazos de execução desses objetivos. Demais disso, deverá prever critérios objetivos de avaliação, destinados à medição do desempenho da OS e da sua eficiência (quantitativa e qualitativa).

Discute-se a natureza contratual do contrato de gestão. Há os que defendem que, tratando-se de parceria entre público e privado e, portanto, de relação de cooperação, a natureza contratual do ajuste restaria comprometida, na medida em que não estariam envolvidos interesses distintos ou contrapostos, mas sim de ordem comum. Eduardo SZAZI assevera que “essa nova modalidade – embora denominada ‘contrato’ – é, na essência, um convênio, pois prevê a destinação de recursos a uma entidade sem fins lucrativos controlada pelo Estado, sem estabelecimento de processo licitatório e com distribuição de atribuições que pressupõe mútua cooperação e interesse recíproco”⁶⁹. Contudo, de outro lado, o caráter contratual do ajuste se revela quando considerada a artificialidade de criação das OSs.

A Lei nº 9.637/98 repetiu, como de obrigatória observância pelo contrato de gestão, os princípios que, nos termos da CF/88, regem a Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Quanto à eficiência, a menção não se fez necessária no corpo da lei, na medida em que

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 214.

⁶⁹ SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: Regulação no Brasil*. 2a ed. São Paulo: Peiropólis, 2001, p. 109.

este princípio constituiu mesmo um dos motivos apontados como justificadores da instituição das organizações sociais, encontrando-se na base da reforma administrativa, no âmbito da qual as OSs foram concebidas. De outro lado, a esse conjunto de princípios, incorporou-se o preceito da economicidade, com vistas a retratar a orientação geral no sentido da modicidade de gastos.

A obrigação do Estado, no contexto das organizações sociais, concerne ao fomento. Com a qualificação como organização social, as entidades qualificadas passam, automaticamente, a usufruir as condições de entidades de interesse social e de utilidade pública (art. 11). Além disso, a elas são destinados recursos orçamentários e bens públicos. Quanto aos recursos, é assegurado às OSs “os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão”. No tocante aos bens, sua destinação às OSs se fará mediante simples permissão de uso, independentemente de licitação. A propriedade dos bens persiste com o Estado, ainda que, eventualmente, tenha se verificado a permuta, devidamente autorizada e respaldada em prévia avaliação, de bens móveis públicos por outros de igual ou maior valor. Também constitui medida de fomento, nos moldes da lei, a cessão de servidores públicos para as OSs, com ônus para a origem.

Citando como exemplo de fomentação, em nível estadual, tem-se noticiado, em relação ao Porto Digital, a concessão de incentivos fiscais que implicam na redução da alíquota do imposto sobre serviços, de 5% para 2%. Demais disso, também se tem concedido isenção de pagamento do IPTU às empresas que se dispuserem a investir na recuperação dos prédios que compõem o entorno das dependências do Porto Digital. Não se pode olvidar, outrossim, o aporte de recursos estaduais, bem como oriundos da iniciativa privada e de instituições financeiras internacionais⁷⁰.

3.5. FORMAS DE CONTROLE.

Uma das principais características das organizações sociais concerne à mudança do rumo quanto ao tema controle. De fato, com a implementação das organizações sociais, as preocupações do poder público foram concentradas na eficiência com que as novas entidades deveriam atuar, e não, propriamente, na

⁷⁰ Informações oferecidas pelo Diretor-Presidente do Núcleo de Gestão do Porto Digital, colhidas no site www.estadao.com.br, em 29.04.2003.

forma pela qual elas deveriam alcançar os resultados de que se encarregaram. Assim, mais do que os meios de ação, importam, na sistemática das OSs, os fins a serem atingidos. O controle de forma é substituído pelo controle de proveitos. E mais, o controle social toma o lugar – pelo menos, em certa medida – do controle de base estatal. Quadra fixar as prescrições da Lei nº 9.637/98 no respeitante à matéria.

A responsabilidade pela fiscalização da execução do contrato de gestão é do órgão ou entidade supervisora da área de atuação da organização social. Esta deverá apresentar ao Poder Público, ao final de cada exercício ou sempre que solicitado, em face do interesse público, relatório concernente à execução do contrato de gestão, com o cotejo entre as metas propostas e os resultados alcançados e com a prestação de contas do exercício financeiro. Os resultados apresentados serão avaliados por comissão indicada pelo órgão ou entidade supervisora, e, uma vez procedida a análise, deverá ser expedido relatório conclusivo pela referida comissão (art. 8º, da Lei nº 9.637/98). Particular realce é de ser dado à exigência legal consistente no fato de que a comissão de avaliação deve ser integrada por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. Com essa determinação, uma das únicas que se manifestam úteis, a norma legal cumpriu dupla função: a) por um lado, terá o condão de evitar que o relatório em apreço se converta em mera formalidade, o que ocorreria se a avaliação não fosse conferido caráter técnico; b) por outro lado, traduz, de certo modo, a idéia de controle de resultados, mesmo porque estes apenas poderiam ser identificados por profissionais com conhecimento da área. Dúvidas existem quanto à concretização dessa norma.

Frise-se que “os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária” (art. 9º).

Por fim, o art. 10 determina que os responsáveis pela fiscalização, nas hipóteses em que o exigir a gravidade dos fatos e o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, se dirijam ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira, perante o Poder Judiciário, “a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público”.

Ao Conselho de Administração, de outro ângulo, cabe também fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade. Auditorias externas estão previstas (art. 4º, X, da Lei nº 9.637/98).

Por outro lado, o principal tipo de controle que se busca instituir é o controle social – em desfavor ao controle do tipo burocrático –, consubstanciado na participação de representantes da sociedade civil nos conselhos de administração das organizações sociais. Teoricamente, o controle social teria o condão de aproximar as políticas sociais das necessidades efetivamente sentidas pela comunidade, bem como seria instrumento de cobrança de eficiência e transparência. Na prática, contudo, algumas questões se impõem: “qual o alcance da participação social nas decisões estratégicas afetas às políticas sociais ?” e “até que ponto a participação de membros da comunidade no Conselho é suficiente para o exercício efetivo da participação e do controle social ?”⁷¹. É fato que a sociedade civil não participa do núcleo estratégico do Estado, de modo que ela, provavelmente, não interferirá na formulação de planos de ação. Sua participação limita-se ao âmbito de organismos de execução, e, nesse degrau, deve ser levada em conta a possibilidade de influência social na condução das políticas públicas. Entrementes, essa capacidade de direção pressupõe entendimento e liberdade que, por sua vez, dependem de acesso à educação e à formação profissional e de ausência ou neutralização de forças de manipulação da vontade dos representantes da comunidade, aspectos que, no Brasil, ainda não se apresentam a contento, em vista dos poderosos influxos dos elementos econômico e político.

4. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (LEI Nº 9.790, DE 23.03.1999).

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs foram criadas pela Lei nº 9.790, de 23.03.1999, que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30.06.1999.

Na Exposição de Motivos nº 20, de 23.07.1998, que acompanhou o projeto de lei das OSCIPs, lê-se a definição de sua índole espontânea, no que

⁷¹ BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 133.

especialmente difere da artificialidade marcante com que foram projetadas as OSs:

No Brasil, como em toda parte, o Terceiro Setor – não-governamental e não-lucrativo – coexiste hoje com o Estado (primeiro setor) e com o mercado (segundo setor), mobilizando um volume crescente de recursos e energias para iniciativas de desenvolvimento social. Essa multiplicação de iniciativas privadas com sentido público é um fenômeno recente, massivo e global. O protagonismo dos cidadãos e de suas organizações rompe a dicotomia entre público e privado, na qual público era sinônimo de estatal e, privado, de empresarial. A expansão do Terceiro Setor dá origem, portanto, a uma esfera pública não-estatal.

As características do Terceiro Setor são a espontaneidade e a diversidade. (...) Hoje o conceito de Terceiro Setor é bem mais abrangente. Inclui o amplo espectro das instituições filantrópicas, dedicadas à prestação de serviços nas áreas da saúde, educação e bem-estar social. Compreende também as organizações voltadas para a defesa dos direitos de grupos específicos da população, como mulheres, negros e povos indígenas, ou de proteção ao meio ambiente, promoção de esporte, cultura e lazer. Além disso, engloba as experiências de trabalho voluntário, pelas quais cidadãos exprimem sua solidariedade através da doação de tempo, trabalho e talento para causas sociais.⁷²

OSs e OSCIPs, é certo, são estruturalmente semelhantes: são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com escopos essencialmente públicos, concebidas sob as pré-dicas em torno da imprescindibilidade de transferência de atividades não exclusivas de Estado, do ente público para a iniciativa privada, com eficiência vinculada à autonomia gerencial. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sintetiza essas semelhanças, indicando também os pontos de divergência, situados estes, especialmente, no campo finalístico:

O objetivo de ambas as entidades é o mesmo: instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental, qualificada

⁷² Trecho extraído do relatório do Processo nº 14.334/1999-2, do Tribunal de Contas da União. Rel. Min. Marcos Vilela.

*pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado. Os dois tipos de entidade atuam na área dos chamados serviços públicos não exclusivos do Estado ou, mais especificamente, na área dos serviços sociais, que a Constituição prevê como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada, como saúde, educação, cultura etc. Só que, em um caso, a entidade assim qualificada recebe o título de **organização social** e, no outro, o de **organização da sociedade civil de interesse público**; no primeiro caso, o instrumento jurídico pelo qual se concretiza a parceria é denominado de **contrato de gestão**; no outro, é denominado de **termo de parceria**. O instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas pelo legislador. Trata-se de miscelânea terminológica para designar entidades que, em termos genéricos, apresentam características muito semelhantes e que, por isso mesmo, mereciam submeter-se ao mesmo regime jurídico.*

(...)

Como se verifica, embora haja pontos comuns entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, o objetivo é diverso nos dois casos: nas primeiras, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas segundas, essa intenção não existe, pois a qualificação da entidade como organização da sociedade civil de interesse público não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública. Além disso, a entidade privada, para ser qualificada, tem que ter existência legal, já que, entre os documentos exigidos para a obtenção da qualificação, estão o “balanço patrimonial e demonstrativo de resultados do exercício” e a “declaração de isenção do imposto de renda (art. 5º, III e IV, da Lei nº 9.790/99). Isso evita que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício.

Em relação às organizações da sociedade civil de interesse público, o Poder Público exerce verdadeira atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. Ao contrário do que ocorre na organização social, o Estado não abre mão de serviço

*público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz parceria com a entidade, para ajudá-la, incentivá-la a exercer atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas*⁷³.

Aspecto interessante de se notar é que a lei que instituiu as OSCIPs – considerado, ademais, o decreto que a regulamentou⁷⁴ – é mais detalhada, cuidadosa e coerente do que a lei das OSs. O rigor com que trata certos temas, discrepando, nesse contexto, das OSs, parece estar associado, em termos proporcionais, aos objetivos almejados através de cada uma das modalidades de qualificação. A impressão é que, como as organizações sociais foram formuladas, especificamente, para servir de instrumental à concretização do projeto governamental de publicização, que pressupõe maior abertura e menos entraves, o Estado simplesmente optou por uma regulação de feição mais flexível, que lhe permitisse moldar, com certa liberdade, as estruturas nascentes. Com as OSCIPs, em que o escopo parece ter sido, efetivamente, incrementar as esferas complementares prestadoras de serviços de interesse comum, e não convertê-las em substitutivos da iniciativa pública, preferiu-se adotar legislação mais esculpida.

4.1. DEFINIÇÃO.

As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs – são, a exemplo das organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, assim qualificadas pelo Poder Público. Destarte, correspondem, de igual maneira, a um título que será outorgado em face do preenchimento dos requisitos prescritos pela Lei nº 9.790/99.

Um dos requisitos é que as entidades interessadas na qualificação não possuam fins lucrativos. Definição importante, que não constou de forma explícita da Lei das OSs – está incrustada na alínea b, I, do art. 2º, da Lei nº 9.637/98 –, mas a essas se aplica, dado o seu caráter generalizador, é a concernente à expressão sem fins lucrativos. “Considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 210 e 218/219.

⁷⁴ Especificamente sobre o Decreto nº 3.100/99, v. estudo feito pelo TCU, no Processo nº 14.334/1999-2.

ca de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social” (§ 1º, do art. 1º, da Lei nº 9.790/99).

Ademais, a qualificação de OSCIPs apenas se confere às entidades cujos objetivos sociais tenham pelos menos uma das finalidades enumeradas no art. 3º, observado em qualquer caso o princípio da universalização dos serviços:

- I – promoção da assistência social⁷⁵;*
- II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;*
- III – promoção gratuita⁷⁶ da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;*
- IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;*
- V – promoção da segurança alimentar e nutricional;*
- VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;*
- VII – promoção do voluntariado;*
- VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;*
- IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;*
- X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;*
- XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;*

⁷⁵ Assim entendida enquanto envolvendo as atividades previstas no art. 3º, da Lei Orgânica de Assistência Social (segundo o art. 6º, I, do Decreto nº 3.100/99).

⁷⁶ Promoção gratuita: “prestação de serviços mediante financiamento com recursos próprios”. Recursos próprios: “não são considerados recursos próprios aqueles gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física ou jurídica, ou obtidos em virtude de repasse ou arrecadação compulsória” (art. 6º, II, e § 1º, do Decreto nº 3.100/99).

XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, promoção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Para não deixar dúvidas, a lei ressaltou, inclusive, o sentido que se pretendeu atribuir à determinação de que, para fins de qualificação, as entidades deveriam se dedicar às atividades especificadas no mencionado art. 3º: “a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins” (parágrafo único, do art. 3º).

A Lei da OSCIPs também foi cuidadosa – e até mesmo tautológica – quanto à enumeração (art. 2º) das pessoas que não poderiam ser assim qualificadas, ainda que desempenhassem as atividades listadas no art. 3º, acima transcrito. Sociedades comerciais, sindicatos, instituições religiosas, partidos políticos, entidades de benefício mútuo, hospitais e escolas privados não gratuitos, entidades que comercializam planos de saúde, cooperativas, fundações públicas, organizações creditícias vinculadas ao Sistema Financeiro Nacional, bem como fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas, não podem ser qualificadas como OSCIPs. De igual modo, as organizações sociais não podem receber o título de OSCIP, ou seja, a mesma instituição privada não pode deter, concomitantemente, os títulos de OS e OSCIP.

A qualificação como OSCIP também está condicionada à posse, pelas pessoas jurídicas, de estatutos que contenham disposições obrigatórias, nos moldes em que detalhado na norma de regência (art. 4º). Assim, os estatutos não podem prescindir de determinação no sentido de que sejam observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Note-se que, em relação à Lei das OSCIPs – diferentemente da Lei das OSs –, constou referência expressa ao princípio da eficiência. Demais disso, os estatutos deverão trazer em seu bojo: a adoção de práticas de gestão administrativa dirigidas a refrear atuações voltadas ao patrocínio de interesses pessoais; a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, que a lei determinou seja “dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil”; a previsão de transferência do patrimônio

líquido para outra OSCIP, na hipótese de dissolução; a previsão de transferência a outra OSCIP do acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que qualificada estava a pessoa jurídica que vier a perder a qualificação; as normas de prestação de contas a serem observadas (garantindo-se obediência aos princípios de contabilidade e às Normas Brasileiras de Contabilidade, ampla publicidade, realização de auditorias e conformidade com o que determina o parágrafo único, do art. 70, da CF/88).

Além disso, os estatutos das entidades interessadas deverão prever a “possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação” (art. 4º, VI). No dispositivo em questão, nota-se, afora o incentivo à maior dedicação do profissional, em virtude da previsão de remuneração (como se dá nas OSs), uma cautela mais acentuada em relação aos parâmetros que serão considerados com vistas à determinação do *quantum* remuneratório. Diferentemente do que se vislumbra da Lei das OSs, cujas amarras de mostram mais frouxas e os conceitos com maior grau de indeterminação, a Lei das OSCIPs expressamente estabelece que a remuneração dos dirigentes – sendo estes apenas os que atuem de modo efetivo na gestão executiva – e do pessoal que prestar serviços específicos deve ser compatível com os realizados no mercado.

4.2. PROCEDIMENTOS.

A qualificação como OSCIP deve ser buscada junto ao Ministério da Justiça, através de requerimento, no qual seja demonstrado o cumprimento dos requisitos legalmente exigidos, devendo o pleito ser instruído com cópias do estatuto devidamente registrado, da ata de eleição da atual diretoria, da inscrição no CGC, da declaração de isenção do imposto de renda, bem como de balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício.

Diferentemente do que se verifica no caso das OSs, o processo de qualificação como OSCIP tem menor carga de discricionariedade. Tanto é assim, que o § 3º, do art. 6º, da Lei nº 9.790/99, determina que o indeferimento do pedido de qualificação apenas pode se dar em hipóteses bem específicas: se a postulante se enquadrar em um dos casos do art. 2º, da mesma lei; se não forem adimplidos os requisitos impostos nos arts. 3º e 4º, do diploma legal; se a documentação exigida pelo art. 5º estiver incompleta. Não se tratando de qualquer

dessas hipóteses, a autoridade competente tem o dever de deferir o pedido, fazendo emitir o certificado de qualificação. Comparativamente, pode-se asseverar que, enquanto pela sistemática da Lei das OSs, a pessoa jurídica não tem direito subjetivo à qualificação como organização social, ainda que preencha os requisitos legais, pelo regramento determinado na Lei das OSCIPs, a pessoa jurídica que não se enquadre em nenhuma das situações descritas no já mencionado art. 6º, é titular de direito subjetivo à qualificação.

A desqualificação, de outro lado, pode se dar a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa do particular ou do Ministério Público, garantidos contraditório e ampla defesa (arts. 7º e 8º).

4.3. O TERMO DE PARCERIA.

Até que seja firmado o termo de parceria, a OSCIP não detém qualquer liame com a Administração Pública. O termo de parceria é “instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para o fomento e a execução das atividades de interesse público” (art. 9º), atividades estas enumeradas no art. 3º, da Lei nº 9.790/99. Através dele, fixam-se metas para as partes envolvidas: para o poder público, prevê-se atuação como fomentador; para a OSCIP, definem-se metas a serem alcançadas. Não possui natureza propriamente contratual, assemelhando-se mais aos convênios, aos quais constitui uma alternativa.

Enquanto, em relação às organizações sociais, não há referência legal à realização de procedimento para fins de seleção da mais habilitada a executar contrato de gestão, no tocante às OSCIPs, o Decreto nº 3.100/99 reza que a celebração do termo de parceria será realizada com organização que poderá ser escolhida através de concurso de projeto, cujo edital será publicado pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria (art. 23). Mais que isso, o diploma normativo determina que a OSCIP interessada deverá apresentar, ao órgão parceiro, seu projeto técnico e o detalhamento dos custos correspondentes (art. 26). Segue, estabelecendo a necessidade de que, na seleção e julgamento dos projetos, sejam observados: “I – o **mérito intrínseco** e adequação ao edital do projeto apresentado; II – a **capacidade técnica e operacional da candidata**; III – a **adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados**; IV – o **ajustamento da proposta às**

especificações técnicas”, além da regularidade jurídica e institucional da OSCIP e análise documental (art. 27). Fixa, outrossim, elementos não aceitáveis a título de critérios de seleção (art. 28). Demais disso, a comissão julgadora deverá ter, entre os seus integrantes, um especialista no tema do concurso (art. 30).

Com a previsão desse procedimento seletivo – não obstante tenha sido assentado como faculdade: “a escolha ... poderá ser feita...” –, conferiu-se, ao termo de parceria, uma aparência de maior transparência e preocupação com a capacidade da entidade que firmará o ajuste com o poder público, de sorte que todas elas possam participar equitativamente do certame, sendo, a selecionada, a que se apresentar como o parceiro mais adequado do ponto de vista estritamente técnico. Em estudo sobre a temática, Grupo de Trabalho do TCU afirmou que “a realização de concurso para a seleção de projetos objeto de Termo de Parceria é facultativa (art. 23), deixando à discricionariedade do administrador a decisão de optar ou não pelo certame; tendo em vista os trâmites burocráticos inerentes ao concurso, que oneram o processo de seleção, esse dispositivo pode tornar-se inócuo; o concurso visa preservar a isonomia no tratamento com as OSCIPs; assim, o concurso deveria ser, em tese, obrigatório, exceto de se verificadas condições que lhe inviabilizem a realização (ausência de interessados, relação custo/benefício desvantajosa etc)”. A preocupação da Corte de Contas deveria ser estendida, com ainda maior razão, às organizações sociais. O mesmo Grupo de Trabalho opinou no sentido de que fossem incluídas “algumas vedações aos termos de parceria e/ou às OSCIPs, a saber: terceirização de atividades-meio no Setor Público, utilização de instalações públicas para realização dos serviços contratados e aquisição de bens e serviços para uso pela Administração Pública”⁷⁷.

O termo de parceria terá como cláusulas essenciais: a do objeto, que conterà as especificações do programa de trabalho proposto pela OSCIP; a de estipulação de metas e resultados a serem atingidos, com os correspondentes prazos de execução ou cronograma; a de previsão de critérios de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultados; a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, com detalhamento, inclusive, das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria; a de apresentação, pela OSCIP ao poder público, de relatório periódico (a cada exercício) sobre a execução do

⁷⁷ Decisão nº 931/1999, no Processo nº 14.334/1999-2.

objeto do termo; a de publicidade de extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira (art. 10, § 2º).

Por fim, “a execução do termo de parceria deve ser acompanhada e fiscalizada pelo órgão do poder público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo” (art. 11). No tocante ao controle das OSCIPs, especialmente quanto às comissões de avaliação e ao controle social, seguem-se basicamente as mesmas regras fixadas para as OSs.

CONCLUSÃO: UMA SÍNTESE DOS PONTOS CRÍTICOS.

Procurando sintetizar o atual momento histórico vivenciado pelo Estado e, mais particularmente, pela Administração Pública, Roberto DROMI enfatiza:

*La sociedad reivindica para sí el intransferible derecho a la iniciativa privada “privilegiada”, de intervención estatal “restringida”, que permita el desarrollo social pluralista, con división de competencias, sin monopolios y con servicios públicos prestados desde fuera del Estado por un modelo de “administración pública no estatal”. Sólo después que el hombre no pueda, que el mercado no acceda, el Estado debe. Antes no.*⁷⁸

De fato, não há como se negar que a nova ambiência política, econômica e social envolve os conceitos de subsidiariedade, de cooperação e de corresponsabilidade. Nesse sentido, nos últimos anos, tem-se observado a retomada do conceito de sociedade civil – “esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais”⁷⁹ –, dirigida, grandemente, a reduzir o campo de interferência do Estado e a garantir o reconhecimento de outras formas de atuação, além do Estado, reputado este ineficiente e repressor das iniciativas individuais e coletivas. A admissão de instâncias não-estatais, com

⁷⁸ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 7a ed. actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 33.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. “Sociedade Civil”. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Varriale, Carmen et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1210 (vol. II).

capacidade produtiva e auto-regulatória, revela deferência em relação às potencialidades dessas realidades particulares e acatamento quanto à sua aptidão para contribuir mesmo com o crescimento do grupo maior no qual se encontram inseridas e pelo qual são, na medida de suas habilidades, responsáveis. Destarte, o agir subsidiário – que deveria caracterizar o Estado contemporâneo – é aquele que se exercita em respeito às esferas de atuação dos entes de menor dimensão (particulares), seja porque eles operam na condição de colaboradores, seja porque também eles respondem pelos destinos da comunidade como um todo. A subsidiariedade, assim, está ligada às idéias de cooperação (somação de esforços) e de co-responsabilidade (comprometimento recíproco), ambos, por sua vez, voltados à maximização dos proveitos.

O terceiro setor é visto enquanto inserido nesse arcabouço teórico. Correspondendo à conjunção entre o público não-estatal e o privado não-mercatório, o terceiro setor – o da sociedade atuante, sem intuito lucrativo, em áreas de interesse público – desponta como a opção à estagnação ocasionada pelo gigantismo do Estado, na medida em que, superdimensionado, o ente estatal se viu lento e ineficiente, na mesma proporção em que as demandas sociais se avolumaram e se complexificaram. Não se discute aqui que a participação da sociedade, na produção de bens e serviços a ela mesma destinados, se constitua uma necessidade. Nessa direção, também não se contesta que o Estado não pode ser o único responsável pela satisfação de todas as carências. É correto e inevitável que à sociedade se confira parcela de atribuições que, executadas à título de colaboração e mediante estímulo do poder público, venham a integralizar o conjunto dos serviços públicos, democratizando o seu acesso e melhorando as suas condições.

Com o que, por certo, não se concorda, é que o Estado, sob o argumento de democratização, publicização, eficiência, respeito à capacidade e à iniciativa particular, abandone os deveres que lhe são próprios, por natureza e por determinação constitucional, transferindo à sociedade todas as obrigações, em troca de fomento livre de restrições – com liberdade maior gozada pelo Estado e não pela própria coletividade –, ou que ele promova essas modificações estruturais mediante normas jurídicas violentadoras da Constituição e das leis. Se mudanças devem ser feitas, para tanto devem ser utilizados os meios adequados, de conformidade com o ordenamento jurídico, sob pena de fragilizá-lo, o que colocaria em risco a própria manutenção do Estado. Demais disso, é importante que se frise que a noção de complementariedade pressupõe composição segundo as capacidades dos entes envolvidos, bem como que falar em parceria entre públi-

co e privado e em participação da sociedade significa reconhecer que, do cerne da coletividade, espontaneamente, emergem movimentos e organizações dirigidas a auxiliar o Estado na gestão da coisa pública e na prestação de serviços de interesse comum.

Por todos esses aspectos, existem percucientes alterações quanto às medidas implementadas pelo Estado brasileiro, nas reformas que tem promovido, especialmente na área administrativa, com fundamento na idéia de parceria. Pode-se afirmar que a introdução das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, no sistema jurídico nacional, tem se dado de forma traumática, seja porque irrompem mais como fenômenos artificiais, do que como resultantes da conscientização e da manifestação social voluntária, seja porque vêm sendo postas como substitutivas, e não como complementares, da atuação do Estado, seja porque, no seu regramento, foram simplesmente descon sideradas as disposições constitucionais. Diante da relevância desses questionamentos, buscou-se sintetizar os pontos críticos, nesta conclusão, ainda que eles já tenham sido objeto de apreciação no corpo do trabalho.

a) Desvirtuamento do Terceiro Setor (artificialismo das organizações da sociedade civil e sua concepção como substitutivo de entidades estatais extintas).

As organizações sociais, no direito brasileiro, foram artificialmente construídas. Resumem-se, formalmente, a um título, e, na essência, correspondem a pessoas jurídicas de direito privado criadas, por indução, pelo Estado, de modo a permitir a extinção, por incorporação de atribuições, de entidade pública. Afirma-se, por isso, que o programa de publicização, na verdade, do modo como estruturado, se constitui, diversamente, em forma de privatização, em que o Estado pretende desincumbir-se dos serviços públicos até então por ele prestados, convertendo-os em serviços privados de interesse coletivo. Tanto é assim, que a lei das OSs refere-se, como obrigação do Estado, nessa parceria, ao fomento. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO elucida:

A intenção do Governo é transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades hoje desempenhadas por órgãos públicos. Só que a entidade prestará o mesmo serviço, não mais como serviço público (daí excluir-se a idéia de descentralização) e sim como atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração do contrato de gestão.

Exatamente por isso é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização sob outra modalidade que não a venda de ações, já que a qualificação da entidade como organização social implica a extinção de um órgão público ou de uma pessoa jurídica de direito público (autarquia ou fundação) e, em seu lugar, o surgimento de uma pessoa jurídica de direito privado não enquadrada no conceito de Administração Pública, seja direta ou indireta⁸⁰.

Consequentemente, as organizações sociais, como nascidas, negam as idéias que, em tese, as sustentariam – de parceria e de terceiro setor. Não é possível mencionar terceiro setor, como abrangente da sociedade, se as organizações sociais são criadas pelo próprio Estado, com este guardando laços estreitos, deste recebendo os valores que aplica, os bens de que se utiliza e os servidores que executam suas atividades. De igual modo, não há como enxergar nessa fórmula uma parceria entre público e privado, se a esfera pública pretende dissolver-se, tornando-se o Estado mero financiador provisório, até o momento em que entenda deva identicamente de afastar.

Não se olvide que, às OSCIPs, essa artificialidade não é oponível, na medida em que elas preexistem, com patrimônio material e humano próprios, ao momento da vinculação com o Estado, através do termo de parceria.

b) Discricionariedade excessiva atribuída ao Poder Executivo.

A discricionariedade conferida ao Poder Executivo, em relação às organizações sociais, é perceptível em todas fases de seu processo de estruturação e no desenvolvimento de suas atividades. Nas OSCIPs isso se verifica em menor intensidade.

Detém, o Poder Executivo, e apenas ele, a autoridade para selecionar a entidade a ser qualificada como organização social. Também a ele cabe desqualificar. Especificamente, quanto ao ato de qualificação, é de se considerar que não foi previsto processo seletivo, nem fixadas balizas orientadoras de como se proceder à seleção da pessoa jurídica de direito privado, que vai ser agraciada com o título de organização social. A gravidade da situação é ainda mais acentu-

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 213.

ada diante da possibilidade de existência de mais de uma entidade interessada na qualificação, quando esta apenas poderá ser atribuída a uma delas.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO – mais uma vez citada – aponta, com razão, para o fato de que se se pretende atribuir, à pessoa jurídica de direito privado, as atividades pertencentes à entidade pública, de modo a permitir, inclusive, a extinção desta, não se poderia prescindir, nesse processo de transferência, de licitação ou de outro procedimento destinado à seleção da pessoa privada mais capacitada, dentre as interessadas, para substituir o ente público, medida que se destina a garantir isonomia de tratamento e impessoalidade na escolha e, particularmente, a evidenciar a conformidade, quanto aos fins, da opção feita pela autoridade ministerial. Destaca, também, a jurista, que a gerência de bens e dinheiro público apenas poderia ser autorizada à entidade que demonstrasse gozar de idoneidade financeira e qualificação técnica⁸¹. De fato, cuida-se de demonstração que, independentemente de previsão legal, nela pode ser reputada implicitamente inserida, vez que corresponde à exigência basilar, fundada no princípio da razoabilidade, aos que buscam participar da gestão da coisa pública. Considerando que a iniciativa privada tem sido apontada como parâmetro de eficiência, dela se pode extrair aspecto que colide frontalmente com a postura munificente atual do Estado brasileiro. Nesse sentido, é certo que nenhum particular, por mais otimista que seja, entregaria os seus bens para serem administrados por empresas não suficientemente capacitadas. Se a iniciativa privada não admite tal situação, com maior razão não poderia o Estado conceder a entrega do patrimônio público a entidades destituídas de quaisquer condições de funcionamento ou atividade. Em tal direção, Paulo MODESTO fala da conveniência de se exigir, das entidades interessadas na qualificação, um tempo mínimo de atuação na área e a existência de patrimônio ou habilidade técnica⁸².

Sobre a questão, Sílvia Luís Ferreira da ROCHA defende a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 2º, da Lei nº 9.637/98, haja vista que o dispositivo macularia o princípio constitucional da igualdade, “pois se duas pessoas jurídicas preenchem os requisitos exigidos pelo referido artigo, e ambas pedem a

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 216.

⁸² MODESTO, Paulo. “Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil”. In *Interesse Público*. N. 1, 1999, p. 40.

qualidade de organização social, a Administração não poderá escolher uma das duas⁸³.

Ao Poder Executivo cabe, outrossim, decidir sobre a cessão de bens, recursos e servidores públicos às organizações sociais. É o Poder Executivo que formula o contrato de gestão e influencia decisivamente os rumos de atuação do conselho de administração. O Poder Executivo é também o responsável pela fiscalização na execução dos serviços.

Essa discricionariedade em excesso, associada às inconstitucionalidades vislumbradas na lei que instituiu as organizações sociais, poderá resultar em prejuízos consideráveis ao patrimônio público. A um, por se atribuir a qualificação de OS a entidade sem qualquer idoneidade técnica ou financeira, de modo que os recursos públicos ou serão mal empregados ou não serão empregados, destinando-se a outros fins, que não os eminentemente sociais. A dois, por se converter a qualificação – e as benesses que dela procedem – em moeda de troca no jogo político, inclusive através da indicação para funções de relevância no âmbito das OSs. A três, por não haver instrumentos de controle mais eficazes, diante da autonomia de gerenciamento, que se apregoa como salvadora da ineficiência do aparato estatal.

c) O desarranjo do Texto Constitucional (o fictício conflito entre controle de resultados e controle do ato).

A reforma, levada a efeito sem cuidado com a harmonia e inteireza da Constituição, produziu evidentes incompatibilidades das normas reformadoras com o Texto Constitucional.

Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta tais inconstitucionalidades, em trechos, cuja transcrição se impõe pela relevância:

Na lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes.

O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie.

⁸³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116.

Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) e do Ministro da Administração.

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras, o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado (...)

Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente de outro propósito (a busca do melhor negócio).

(...)

Seja como for, o certo e indiscutível é que a ausência de critérios mínimos que a racionalidade impõe no caso e a outorga de tal nível de discricção não são constitucionalmente toleráveis, seja pela ofensa ao cânone básico da igualdade, seja por desacato ao princípio da razoabilidade (...).

Já, no caso em que se pretenda promover a absorção de serviços públicos por organizações sociais, irrompe uma aberrante ofensa ao art. 175 da Constituição, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Demais disto, cumpre tomar tento para o fato de que no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é “dever do Estado” e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais.

Anote-se que, como os serviços em questão não são privativos do Estado, não entra em pauta o tema da concessão de serviços públicos, que só tem lugar nas hipóteses em que a atividade não é livre aos

particulares, mas exclusiva do Estado. Aliás, se entrasse, seria obrigatória a aplicação do art. 175 da Constituição Federal, que estabelece que tanto a concessão como a permissão serão “sempre” precedidas de licitação.

Assim, os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. Logo, como sua prestação se constitui em “dever do Estado”, ..., este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de “adjudicá-los” a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.⁸⁴

Ao lado dessas inconstitucionalidades, o autor aponta outras: a impossibilidade de as organizações sociais receberem bens, dotações e servidores públicos sem processo regular, assegurada a isonomia entre os interessados e exigida a habilitação patrimonial, financeira e técnica; e a inadmissibilidade de situação em que o Estado seja “provedor de pessoal de entidades particulares” ou obrigue servidores públicos a prestarem serviços a entidades particulares⁸⁵.

O terceiro setor concebido pelo Estado brasileiro tem existência e imprescindibilidade respaldadas na sua potencialidade para produzir resultados positivos, na medida em que liberado de certos entraves e limites impostos ao setor público estatal. Associa-se, destarte, a eficiência da organização à maior autonomia que detenha na administração dos negócios de interesse público e ao controle *a posteriori* dos resultados, e, conseqüentemente, do lado oposto, a ineficiência, à preocupação com controles burocráticos apriorísticos. Assim, controle de resultados e controle de meios (ou do ato) estariam em conflito. Em verdade, trata-se de falso dilema. Os dois controles mostram-se imprescindíveis e deveriam ser buscados em simultaneidade e não com exclusão. O controle de resultados não pode prescindir da verificação da regularidade da forma. Há muito que se considera ultrapassado e perigoso o preceito de que “os fins justificam

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 157-159.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 159-160.

os meios”. Por outro lado, o controle do ato não pode desprezar o controle de resultados, sob pena de se tornar insubsistente.

d) A evasão ao regime jurídico de direito público.

Inquietação é o efeito da afirmação de que “com essa iniciativa [consistente na absorção dos serviços públicos pelas OSs, cabendo ao ente estatal o financiamento total ou parcial], o Estado oferece aos dirigentes de órgãos e entidades públicas estatais responsáveis pela prestação de serviços sociais a possibilidade de se libertarem das **disfunções operacionais** do Estado e, portanto, de assumirem plenamente a gestão estratégica de suas respectivas organizações”⁸⁶. O que se chamou de “disfunções operacionais” são as regras de direito público, mais rigorosas por versarem sobre a coisa pública.

Com autoridade, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sustenta que as organizações sociais foram concebidas, precipuamente, para afastar a incidência das normas de direito público:

Pela forma como a matéria está disciplina na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contida na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão.

Em primeiro lugar, fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absolver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma ativi-

⁸⁶ BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 121.

dade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública

(...) Trata-se de entidades constituídas ad hoc, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público⁸⁷.

e) A negação dos objetivos da reforma pelo próprio instrumento de implementação (questionamentos sobre eficiência, economicidade, democratização, publicização e transparência).

Do que ficou dito, não é difícil concluir que a forma através da qual foi regulado o projeto de parceria entre público e privado, tendo por instrumento principal as organizações sociais, conspurca os próprios objetivos indicados como norte das reformas.

A publicização é, em verdade, uma privatização contrafeita. A transparência é elidida pela discricionariedade excessiva e pela ausência de critérios objetivos de seleção e avaliação. A democratização não se realiza, diante da forma de constituição das pessoas jurídicas de direito privado a serem qualificadas como OSs, bem como diante do *déficit* educacional e da pouca força influenciadora dos representantes da sociedade, eles sim manipuláveis consoante as ingerências políticas e econômicas. Economicidade não houve, pois o Estado continua prevendo e liberando dotações orçamentárias, cedendo servidores públicos, com ônus seu, e permitindo o uso de bens públicos, sendo que, agora, sem um controle mais rigoroso quanto ao destino do patrimônio público.

Quanto à eficiência, este é um dado que apenas poderá ser demonstrado com o tempo.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 215/216.

BIBLIOGRAFIA

- AUSTIN, James E. *Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor*. Trad. Peres, Lenke. São Paulo: Editora Futura, 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Org. por Bovero, Michelangelo. Trad. Por Versiani, Daniela Beccaccia. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Varriale, Carmen *et al.* 11^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, vols. I e II.
- BRANCO, Vera Sylvia Venegas Falsetti. “Imunidade Tributária e Terceiro Setor (Filantrópico): Por Maior Transparência e Regulamentação”. In *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. N. 26. Jan./Mar., 1999, pp. 31-42.
- CAMARGO, Mariângela Franco *et al.* *Gestão do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Editora Futura, 2001.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Avança, Brasil: Proposta de Governo / Fernando Henrique Cardoso*. Brasília: s/ed, 1998.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *O Novo Regime Previdenciário dos Servidores Públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999.
- CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier & PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *Histórias das Idéias Políticas*. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Jorge Zaher Editor, 2000.
- COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2^a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002.
- COHN, Amélia & ELIAS, Paulo E (coords.). *O Público e o Privado na Saúde: O PAS em São Paulo*. São Paulo: Cortez/CEDEC, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 7^a ed. actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. 1^a ed. 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania e Processos de Integração: O Novo Conceito de Soberania em face da Globalização*. Curitiba: Juruá, 2002.
- FREITAS, Juarez. “Regime Peculiar das Organizações Sociais e o Indispensável Aperfeiçoamento do Modelo Federal”. In *Revista de Direito Administrativo*. N. 214. Out./Dez., 1999, pp. 99-106.
- GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia*. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GOULART, Karine Borges. “As Orgnizações Sociais”. In *Revista da Procuradoria Geral do Inss*. Vol. 8. N. 4. Jan./Mar., 2002, pp. 17-37.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Fischer, Julio. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa: De acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26^a ed. Atual. por Azevedo, Eurico de Andrade et al. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MODESTO, Paulo. “Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil”. In *Interesse Público*. N. 1, 1999, pp. 31-46.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Murachco, Cristina. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA, Egon Bockmann. “Terceiro Setor da Administração Pública. Organizações Sociais. Contrato de Gestão – Organizações Sociais, Organi-

- zações da Sociedade Civil de Interesse Públicos e seus ‘Vínculos Contratuais’ com o Estado”. In *Revista de Direito Administrativo*. N. 227. Jan./Mar., 2002, pp. 309-320.
- NANUS, Burt & DOBBS, Stephen M. *Liderança para o Terceiro Setor. Estratégias de Sucesso para as Organizações sem Fins Lucrativos*. Trad. Azevedo, Cynthia. São Paulo: Editora Futura, 2000.
- NOZIC, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Jungmann, Ruy. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não-Estatal na Refirma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- PEREZ, Clotilde & JUNQUEIRA, Luciano Prates (orgs.). *Voluntariado e a Gestão das Políticas Sociais*. São Paulo: Editora Futura, 2002.
- PINTO, Luiz Fernando da Silva. *Gestão-Cidadã. Ações Estratégicas para a Participação Social no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.
- PIRES, Maria Coeli Simões. “Terceiro Setor e Organizações Sociais”. In *Boletim de Direito Administrativo*. Abril, 1999, pp. 245-255.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- STUART MILL, John. *Princípios de Economia Política com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social*. Trad. Baraúna, João. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- SCAFF, Fernando Facury. “Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado”. In *Revista de Direito Administrativo*. N. 225. Jul./Set., 2001, pp. 273-297.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Trad. Baraúna, Luiz João. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização. Privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: Regulação no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Peiropólis, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WALD, Arnoldo, MORAES, Luiza Rangel de & WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceira e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

Precedentes colhidos no site: www.tcu.gov.br e www.stf.gov.br (pesquisa feita entre os dias 01/04 e 08/05/2003).

Sobre o Porto Digital: www.portodigital.org.br e www.estadao.com.br (pesquisa feita entre os dias 22 e 29/04/2003).